Der Wille des Verletzten - Die Strafbarkeit der Handlung

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau
vorgelegt von

Georg Schlesinger
Gerichtsreferendar

Breslau 1928

Spezial-Druckerei für Dissertationen Dr. H. Eschenhagen K.-G., Ohlau in Schlesien

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

Berichterstatter: Prof. Dr. Wegner

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen geliebten Eltern
in Dankbarkeit gewidmet

Einteilung.

Seite

Einleitung 1

1. Kapitel: Die verschiedenen Lösungsversuche der „Einwilligung des Verletzten“ 2

a) auf strafrechtlicher Grundlage 2

b) auf zivilrechtlicher Grundlage 8

c) auf aprioristisch-dogmatischer Grundlage 12

2. Kapitel: Die „Einwilligung des Verletzten“ als Rechtfertigungsgrund der strafbaren Handlung 13

a) Allgemeines 13

b) Untersuchung der einzelnen Delikte 24

3. Kapitel: Begriff, Eigenart und Voraussetzungen der Einwilligung . 44

a) die Einwilligung selbst 45

b) der Einwilligende 48

c) der Täter und die Einwilligung 52

d) das Verlangen 55

Allfeld-Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 8. Aufl. Leipzig-Erlangen 1922.
Bar, Zur Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes, G.S. 60, S. 81 ff.
Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. III, 1909.
Behr, Medizin und Strafrecht. G.S. 62, S. 400 ff.
Beling, Lehre vom Verbrechen. 1906.
Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 18. Aufl. Leipzig 1898.
Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. 2. Aufl. Leipzig 1902.
Binding, Die Normen und ihre Uebertretung. 3. Aufl. 1916.
Binding, Handbuch des Strafrechts. Leipzig 1885.
Binding-Hoche, Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens, Leipzig 1922.
Boehlau, Volenti non fit injuria Goltd. Arch. 5, S. 489 ff.
Breithaupt, Volenti non fit injuria. Berlin 1891.
Brückmann, Neue Versuche zum Problem der strafr. Verantwortlichkeit des Arztes für operative Eingriffe. Z. 24, S. 657 ff.
Buri, Zu §§ 223a, 201 ff des RSTGB. G.S. 34. S. 357. ff.
Dohna, Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafb. Handlungen. Halle 1905.
Dohna, Recht und Irrtum. Mannheim 1925.
Ebermayer-Lobe-Rosenberg, Reichs-Strafgesetzbuch. 3. Aufl. Berlin-Leipzig 1925.
Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs von 1927 nebst Begründung.
Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Berlin 1904.
Fischer, Die Rechtswidrigkeit, mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts. München 1911.
Frank, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 16. Aufl. Tübingen 1925.
Frank, Zur Lehre vom Zeichnen mit fremdem Namen. Z. 32, S. 82 ff.

Fuchs, Strafgesetz und Rechtswidrigkeit. In: Monatsschrift für Krim. psych. Strafrechtsreform. Heidelberg 1913.
Geib, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Bd. II. 1862.
Gerland, Selbstverletzung und Verletzung des Einwilligenden. Vergl. Darst. Allg. Teil Bd. II. S. 487 ff.
G.S., Der Gerichtssaal, Zeitschrift für Strafrecht.
Goltd. Arch. Goltdammers Archiv für Strafrecht und Strafprozeß.
Hälschner, System des preußischen Strafrechts. 1858.
Hälschner, Der Zweikampf im Verhältnis zur Tötung und Körperverletzung, G.S. 35, S. 161 ff.
Hartmann, Die Einwilligung des Verletzten, in Grünhuts Zeitschrift Bd. 27, S. 697 ff.
Hartwig, Die Körperverletzung des Einwilligenden nach dem Strafgesetzbuch G.S. 82, S. 301 ff — 83 S. 27 ff.
Hegler, Die Merkmale des Verbrechens. Z. 36. S. 19 ff.
Heimberger, Rechtmäßiges und rechtswidriges Handeln. Vergl. Darst. Allg. Teil Bd. IV, S. 1 ff.
Heinitz, Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit Breslau 1926 (Strafr. Abhdl. Bennecke = v. Lilienthal, Heft 211).
Hepp, Ueber den Rechtssatz: Volenti non fit injuria. Neues Archiv. Bd. 9, S. 65 ff. S. 239 ff.
Hertz, Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts. Hamburg 1880.
Hess, Abhandlungen aus dem Gebiete des Civil- und Strafrechts. III. Sapienter volenti non fit injuria, 1892.
Hold v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit. Jena 1903/5.
Holer, Die Einwilligung des Verletzten. Zürich 1906.
Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts. Bd. II u. III. 1874.
Honig, Die Einwilligung des Verletzten. Berlin-Leipzig 1919.
Joski, Die Einwilligung des Verletzten. Jnaug. Diss. Erlangen 1899.
Kahl, Der Arzt im Strafrecht. Z. 29, S. 352 ff.
Keßler, Die Einwilligung des Verletzten. Berlin-Leipzig 1884.
Keßler, Kritische Bemerkungen zu Bindings Lehre von der Einwilligung des Verletzten. G.S. 38, S. 561 ff.
Kiehl, Die „Einwilligung" eines Minderjährigen nach geltendem Strafrecht. Goltd. Arch. 54 S. 357 ff.
Kitzinger, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht. G.S. 55 S. 1 ff.

Klee, Selbstverletzung und Verletzung eines Einwilligenden. Goltd. Arch. 48, S. 177 ff — 48, S. 337 — 49, S. 246 ff — 50, S. 364 ff.
Köhler, Deutsches Strafrecht. Leipzig 1917.
Kohlrausch, Vergehen gegen den Personenstand. Vergl. Darst. Bes. Teil Bd. 4, S. 465 ff.
Köstlin, System des deutschen Strafrechts. Allg. Teil. Tübingen 1855.
Kronecker, Die Strafbarkeit der studentischen Schlägermensuren. G.S. 35, S. 201 ff.
Lassaly, Die Notwendigkeit der Strafbarkeit von Anstiftung und Beihilfe zum Selbstmord. Z. 42 S. 642 ff.
Lilienthal, Die pflichtgemäße ärztliche Handlung und das Strafrecht. 1899.
Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 25. Aufl. 1927.
Liszt, Verbrechen und Vergehen wider das Leben. Vergl. Darst. Bes. Teil Bd. 5 S. 1 ff.
Löffler, Die Körperverletzung. Vergl. Darst. Bes. Teil Bd. 5, S. 205 ff.
Löffler, Unrecht und Notwehr. Z. 21. S. 537 ff.
Merkel, Adolf, Kriminalistische Abhandlungen I u. II. Leipzig 1867.
Merkel, Adolf, Rechtsnorm und subjektives Recht. Grünhuts Zeitschr. Bd. 6, S. 367 ff.
Merkel, Paul, Die Urkunde im deutschen Strafrecht. München 1902.
Mettgenberg, Der Versuch der Tötung auf Verlangen als Körperverletzung. Z. 24, S. 564.
Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente. G.S. 89, S. 207 ff.
Mittermaier, Verbrechen und Vergehen gegen die Sittlichkeit. Vergl. Darst. Bes. Teil Bd. 4, S. 1 ff.
Mittermaier, Beihilfe zum Selbstmord und Tötung eines Einwilligenden. Goltd. Arch. Bd. 9 S. 433.
Nagler, Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit. Sonderdruck aus Bindings Festschrift. Leipzig 1911.
Oelze, Die Einwilligung des Verletzten. Inaug. Diss. Leipzig 1914.
Ohlshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 11. Aufl. 1927.

Oppenhoff-Delius, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 14. Aufl. 1901.
Ortmann, Zur Lehre von der Tötung des Einwilligenden. Goltd. Arch. 25, S. 104—26, S. 195 ff.
Ortmann, Zur Lehre von der Körperverletzung. G.S. 35, S. 371 ff.
Pfersdorff, Die Einwilligung des Verletzten als Strafausschließungsgrund. Inaug. Diss. Straßburg 1897.
Radbruch, Abtreibung. Vergl. Darst. Bes. Teil Bd. 5, S. 159 ff.
RGST., Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Roedenbeck, Der Zweikampf im Verhältnis zur Tötung und Körperverletzung. 1883.
Roedenbeck, Volenti non fit injuria. G.S. 37, S. 124 ff.
Rosenberg, Strafbare Heilungen. G.S. 62, S. 62 ff.
Rotering, Die chirurgische Operation, inbes. die Perforation als Ausnahme von der Norm. Goltd. Arch. 30, S. 179 ff.
Sauer, Grundlagen des Strafrechts. Berlin-Leipzig 1921.
Schmidt, Ueber die Grenzen der Rechtmäßigkeit ärztlicher Eingriffe. Inaug. Diss. Breslau 1927.
Seydel, Die Einwilligung des Verletzten. Inaug. Diss. Rostock 1907.
Stier-Somlo-Elster, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Berlin-Leipzig 1926/27.
Stooß, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung, Berlin 1898.
Ullmann, Zur Frage über die Bedeutung der Einwilligung im Strafrecht. G.S. 37, S. 529 ff.
Vergl. Darst. Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts.
Volwassen, Zur Lehre von der Urkundenfälschung, unter besonderer Berücksichtigung der Urkundenvollziehung durch Stellvertreter. Inaug. Diss. Breslau 1920.
Wachenfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, München 1914.
Wegner, Kriminelles Unrecht, Staatsunrecht und Völkerrecht. Hamburg 1925.
Z., Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
Zimmermann, Zur Auslegung des § 216 des Strafgesetzbuches. Goltd. Arch. 29, S. 435 ff.
Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit. Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 99, S. 1 ff.

Einleitung.

Schon bei Aristoteles[1] findet man den Satz: οὐθεὶς ἀδικεῖται ἑκών, und wie ein Echo hierzu klingt der Ausspruch Ulpians in den Digesten 1. 1 § 5 de inj. 47,10: nulla injuria est, quae in volentem fit. Diese beiden Sätze zeigen, daß man es bei der Behandlung der Frage, ob der Wille des Verletzten einer strafbaren Handlung den Makel der Strafbarkeit nehmen und sie zu einer straflosen machen kann, nicht mit einem Problem unserer erfindungsreichen Zeit zu tun hat, sondern daß man sich auf einem geheiligten Boden befindet, den bereits die Griechen und Römer beschritten und durchackert haben.

Angesichts eines solchen Alters des Problems ist wohl die Frage berechtigt, ob es überhaupt einen Zweck hat, sich wieder mit ihm zu beschäftigen. Denn auch Probleme unterliegen Alterserscheinungen, die sich darin zeigen, daß ihre typische Eigenschaft, ein bestrittenes Gebiet zu sein, langsam verloren geht. Von dieser Alterserscheinung ist jedoch das hier zu behandelnde Problem verschont geblieben. Der Grund hierfür liegt in der Eigenart der ganzen Frage. Zwei grundverschiedene Anschauungen prallen aufeinander. Auf der einen Seite steht die Anschauung, daß die Strafbarkeit einer Handlung als rein strafrechtlich, öffentlich rechtliche Frage jedem Einfluß des Individuums entzogen sein muß. Auf der andern Seite findet sich die Forderung, dem Individuum die Möglichkeit zu geben, durch Einwilligung in die Verletzung dem Täter Straflosigkeit zu sichern. Die ganze Frage stellt also ein Grenzgebiet dar, auf welchem sich der Verletzte als Individuum und das Strafrecht mit seinem öffentlich rechtlichen Charakter gegenüberstehen. Grenzland aber ist Kampfland, nicht nur politisch, sondern auch juristisch. Mit großer Streitmacht und scharfen Waffen ist in diesem Kampf gestritten worden, doch hat er bisher nur zu einem „Unentschieden" geführt. Eine Unzahl der verschiedensten Lösungen ist von der Rechtswissenschaft aufgestellt worden, eine herrschende Meinung jedoch hat sich nicht gebildet. Vielmehr besteht die

1) Aristoteles, Eth. Nicom. V. 15.

Behauptung Gerlands,[2] daß „die Einwilligung ihrem Begriff, ihren Voraussetzungen und ihrem Anwendungsgebiet nach gleich bestritten" sei, immer noch zu Recht, und der Reiz, den Widerstreit der Meinungen darzustellen und zu ihnen Stellung zu nehmen, ist noch nicht geschwunden.

Allerdings wird sich die Untersuchung in einer Darstellung der von der Rechtswissenschaft aufgestellten Lösungen nicht erschöpfen dürfen. Die Rechtswissenschaft verfolgt den Zweck, der Gesetzgebung den Weg zu zeigen, den sie einschlagen muß. Die Gesetzgebung soll ein „Widerschein der Rechtswissenschaft"[3] sein. Es wird daher des weiteren zu zeigen sein, welchen Weg die heutige Gesetzgebung bei einer derartigen Bestrittenheit des Problems eingeschlagen hat, und, was für uns heute wohl noch wichtiger ist, welchen Weg der zukünftige Gesetzgeber einschlagen will, da ja die Zeit nicht mehr fern liegt, wo das heute noch im Entwurf vorliegende Strafgesetzbuch geltendes Recht sein wird.

Die verschiedenen Lösungsversuche der „Einwilligung des Verletzten".

Will man eine zusammenfassende Darstellung der verschiedenen Lösungen eines rechtswissenschaftlichen Problems geben, so bieten sich hierfür mehrere Wege. Am einfachsten ist es, die einzelnen Lösungen in historischer Zeitfolge aneinanderzureihen. Dieser Weg hat den Vorteil, ein lückenloses, abgerundetes Bild zu geben. Für das vorliegende Problem erscheint jedoch folgender Weg besser geeignet. Es sollen zunächst diejenigen Lösungen dargestellt werden, welche das geltende Strafrecht als ihren Ausgangspunkt nehmen. Dann sollen die Schriftsteller besprochen werden, welche auf Grund zivilrechtlicher Erwägungen eine Lösung versuchen, und schließlich die, welche den Boden des positiven Rechts überhaupt verlassen und mit aprioristisch-dogmatischen Erwägungen einer Lösung des Problems zustreben.

a) Ein Teil der Schriftsteller geht also, wie eben gesagt wurde, vom geltenden Strafrecht aus. Es wird daher zunächst zu zeigen sein, in welcher Weise das Problem der Einwilligung des Verletzten in unserm heutigen Strafgesetzbuch ge-

2) Gerland, S. 508.
3) Hartmann, S. 698.

regelt ist. Einen allgemeinen Satz, der bestimmt, daß eine Handlung, welche mit Einwilligung des Verletzten vorgenommen wird, straflos oder trotz der Einwilligung strafbar ist, gibt es bei uns nicht im Gegensatz zu mehreren ausländischen Strafgesetzbüchern. So besagt das Strafgesetzbuch der Goldküste[4] von 1892 im Artikel 7, daß die Einwilligung die sonst strafbare Handlung rechtfertigt, ausgenommen ist nur die Tötung. Das österreichische Strafgesetzbuch enthält in § 4 die besondere Bestimmung, daß Verbrechen „auch an solchen Personen begangen werden, die ihren Schaden selbst verlangen oder zu demselben einwilligen". Bei der Betrachtung des besonderen Teils unseres heutigen Strafgesetzbuches hat man 2 Arten von Delikten zu unterscheiden. Die eine Gruppe wird von den strafbaren Handlungen gebildet, welche man als Willensdelikte bezeichnet hat. Darunter fallen alle Delikte, welche den Mangel der Einwilligung oder das Vorhandensein der Einwilligung zum Tatbestande voraussetzen. So verlangen die §§ 236 und 370,6 ein „Handeln wider Willen", die §§ 237, 269 fordern ein „Handeln ohne Einwilligung". Beides finden wir im § 218, wo zunächst von der Abtreibung mit Einwilligung der Schwangeren gesprochen wird und alsdann von der Abtreibung ohne deren Einwilligung. Nicht immer ist das Handeln mit oder ohne Einwilligung expressis verbis als Tatbestandsmerkmal aufgestellt. Es gehören hierher auch alle Delikte, in denen dies nur concludenter geschehen ist wie die Vergehen der Freiheitsberaubung und Nötigung. Bei diesen ist der widerstrebende Wille als solcher zum Angriffsobjekt erhoben. Ferner sind die Gewaltverbrechen zu nennen, da Gewalt auch ein Handeln wider Willen voraussetzt, und schließlich sind die mittels List oder Täuschung begangenen strafbaren Handlungen nicht zu vergessen, denn die Einwilligung in eine solche Handlung bedeutet ein Durchschauen der List oder Täuschung und führt die Straflosigkeit des Täters herbei, wenn er nicht gerade die Einwilligung selbst mittels Täuschung oder List erlangt hatte. Alle diese Delikte setzen also zu ihrer tatbestandsmäßigen Erfüllung eine Einwilligung in die Handlung, beziehungsweise ein Handeln wider oder ohne Willen des Verletzten voraus. Fehlt dieses Merkmal, so ist eine strafbare Handlung nicht gegeben.

4) Zit. bei Honig, S. 3.

Bei der andern Gruppe von Verbrechen dagegen wird ein Handeln mit Einwilligung oder gegen den Willen des Verletzten zur Verwirklichung des Tatbestandes nicht gefordert. Betrachten wir zum Beispiel den § 223 STGB., so wird dort derjenige bestraft, welcher „vorsätzlich einen anderen körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit beschädigt". Daß es dabei einen Unterschied macht, ob der Täter mit oder ohne Einwilligung des Verletzten handelt, ist nicht gesagt. Nur an zwei Stellen hat bei dieser Gruppe der Gesetzgeber die Wirkung der Einwilligung des Verletzten geregelt. Dies ist einmal durch die Schaffung des § 216 STGB. geschehen, in welchem die Tötung auf ausdrückliches und ernstliches Verlangen unter mildere Strafe gestellt wird als die gemeine Tötung. Zweitens ist der § 142 STGB. zu nennen, der denjenigen bestraft, welcher sich verstümmeln läßt, um sich der Erfüllung der Wehrpflicht zu entziehen.

Aus dieser gesetzlichen Regelung sind nun zahlreiche Schlüsse sowohl in positivem, wie in negativem Sinne gezogen worden. So hat das Reichsgericht[5] der Einwilligung des Verletzten die Stellung eines Rechtfertigungsgrundes abgesprochen, weil sie im allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches unter den Gründen, welche die Strafbarkeit einer Handlung ausschließen, nicht erwähnt sei. Dieser Standpunkt des Reichsgerichts hat lebhaften Widerspruch gefunden. Man hat darauf hingewiesen, daß das Enthauptungsrecht des Staates sowie das Züchtigungsrecht der Eltern ihren Kindern gegenüber auch nicht im allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs stände, und doch sei noch niemand auf den Gedanken gekommen, den Scharfrichter wegen Mordes oder den Vater wegen Körperverletzung zu bestrafen. Es sei allbekannt, daß „der allgemeine Teil des Strafgesetzbuches nichts weniger sein soll, als eine Codifikation der sämtlichen Grundsätze des Strafrechts".[6] Der Streit um diesen Punkt kann jedoch heute als beigelegt gelten, da das Reichsgericht im letzten Bande seiner Entscheidungen[7] seinen ehemaligen Standpunkt verlassen und zum Ausdruck gebracht hat, daß „die Rechtssätze, aus denen sich die Gründe für die Rechtmäßigkeit ergeben, dem gesetzten oder ungesetzten Rechte angehören können, insbesondere

5) R.G.St. II, 443.
6) Keßler, S. 9.
7) R.G.St. 61, 242 ff., insbes. 247.

im Wege der Auslegung unter Berücksichtigung des Zweckes und des gegenseitigen Verhältnisses geschriebener Normen ermittelt werden können." Aus dem Fehlen eines allgemeinen Satzes kann also noch nicht auf das Fehlen eines allgemeinen Prinzips geschlossen werden. Nur müßte sich dieses allgemeine Prinzip, daß die Einwilligung des Verletzen einen Rechtfertigungsgrund darstellt, aus den Vorschriften des besonderen Teils des Strafgesetzbuches ergeben. Untersuchen wir den besonderen Teil zu diesem Zwecke, so müssen wir zunächst die Willensdelikte ausschalten. Denn da bei ihnen „gerade auf der Nichachtung des Willens des Verletzten die Unwertbedeutung der deliktischen Handlung beruht,"[8] kann aus ihnen ein verallgemeinernder Schluß nicht gezogen werden. Für unsere Betrachtung bleiben nur die §§ 216 und 142 des StGB. übrig. § 216 trifft, wie bereits gesagt wurde, eine Sonderregelung für den Fall der Tötung, und zwar belegt er mit einer Gefängnisstrafe nicht unter 3 Jahren den Täter, welcher „durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden ist". Von der „Tötung eines Einwilligenden" ist also im § 216 StGB. nicht ausdrücklich die Rede. Man ist sich aber in der Literatur darüber einig, daß es sich bei dem ausdrücklichen und ernstlichen Verlangen" um einen Spezialfall der Einwilligung handelt, und zwar um den, welcher den Täter am wenigsten belastet.[9] Gestützt wird diese Ansicht durch die Tatsache, daß Artikel 157 des früheren sächsischen Strafgesetzbuches, welcher die Grundlage des heutigen § 216 StGB. bildet, noch von der Tötung eines Einwilligenden spricht. Man hat daher ohne Bedenken aus § 216 Schlüsse für das Problem der Einwilligung des Verletzten gezogen. Das Reichsgericht hat auch hier wieder eine negative Folgerung gezogen, indem es im zweiten Bande seiner Entscheidungen auf Seite 443 meint: „Es spricht sogar die Tatsache, daß diese Einwilligung nur bei der Tötung berücksichtigt worden ist, dafür, daß ihr überall sonst eine rechtliche Wirksamkeit nicht beigelegt werden sollte." Auch diese Ansicht des Reichsgerichts hat starken Widerspruch gefunden. Man hat mit Recht hervorgehoben, daß die Tötung, von Ausnahmefällen abgesehen, das schwerste Delikt sei. Die Tatsache, daß der Gesetzgeber

8) Honig S. 119.
9) Honig, S. 120, Anm. 10.

bei diesem schwersten Delikt eine ziemliche milde Strafe angedroht hat im Vergleich zu den Strafen der §§ 211, 212 StGB. deutet eher darauf hin, daß alle anderen Delikte straflos bleiben sollten, falls sie mit Einwilligung des Verletzten begangen würden.[10] Anderenfalls würde man zu dem eigenartigen Ergebnis kommen, daß der, welcher einem anderen auf Verlangen eine schwere Körperverletzung beibringt, dafür mit Zuchthaus bestraft wird. Tötet er ihn aber sogar auf Verlangen, so kommt er noch mit Gefängnis davon. Auch § 142 StGB. würde dann eine eigenartige Stellung einnehmen. Denn wenn dort derjenige mit Gefängnis nicht unter einem Jahre bestraft wird, welcher sich durch Verstümmelung zur Erfüllung der Wehrpflicht untauglich machen läßt, so ist das verständlich, wenn man davon ausgeht, daß die Körperverletzung eines Einwilligenden zwar straflos ist, daß aber hier der Verstoß gegen das Staatsinteresse, gegen das militärische Bedürfnis, die Bestrafung rechtfertigt. Ist dagegen die Körperverletzung eines Einwilligenden voll strafbar, so bildet § 142 StGB. gegenüber § 225 StGB. ein Privileg und nicht, wie beabsichtigt, einen Strafschärfungsgrund. Wenn Holer[11] und Breithaupt[12] den Einwand erheben, es drehe sich im § 142 nur um leichte Körperverletzungen, denn bei den schweren Körperverletungen im § 225 sei schon aus Gründen der Idealkonkurrenz § 142 ausgeschaltet und lediglich § 225 anwendbar, so erscheint dieser Einwand nicht berechtigt. Denn erstens geht aus dem Wortlaut des § 142 in keiner Weise hervor, daß es sich nur um leichte Körperverletzungen handeln kann, und zweitens erscheint es angebracht, zwischen §§ 142 und 225 Gesetzeskonkurrenz anzunehmen, da § 142 einen Spezialfall der Körperverletzung darstellt.[13] Alle diese Argumente zeigen, daß die negative Ansicht des Reichsgerichts auf ziemlich schwachen Füßen steht. § 216 StGB. legt die Vermutung nahe, daß in allen übrigen Fällen die Einwilligung des Verletzten Straflosigkeit herbeiführt. Ein vollgültiger Beweis ist jedoch nicht geführt und ist wohl auch de lege lata nur an Hand der §§ 216 und 142 unmöglich.[14]

10) Vgl. Klee, Goltd. Arch. 50, 370. — Zimmermann Goltd. A. 29, S. 440. Frank, Vorbem. z. IV. Abschn. Nr. III. S. 132.
11) Holer S. 134.
12) Breithaupt S. 64.
13) Gl. Meinung Hartmann S. 751.
14) Gl. Meinung Gerland S. 502 — Löffler S. 241.

Man ist daher über den engen Rahmen der gesetzlichen Vorschriften hinausgegangen und hat von anderen Gesichtspunkten aus eine Lösung des Problems versucht. Auf dem Boden des Strafrechts stehen noch die Schriftsteller, welche aus der Verwandtschaft von Selbstverletzung und Verletzung eines Einwilligenden ihre Schlüsse ziehen. Da wäre zunächst Holtzendorff zu nennen, der bezüglich der Tötung feststellt: „Zwischen der völlig straflosen Beihilfe von Selbstmord und der Tötung eines Einwilligenden liegen tatsächlich sehr unklare und allmähliche Uebergänge. Es kann öfter zweifelhaft sein, ob das eine oder das andere vorliegt."[14*] Mit dieser Betrachtung dürfte Holtzendorff jedoch wohl kaum den Beweis für die Straflosigkeit der Verletzung eines Einwilligenden erbracht haben. Denn aus der Tatsache, daß in den meisten Fällen die Selbstverletzung und damit auch die Beihilfe zur Selbstverletzung straflos ist und in Grenzfällen schwer festgestellt werden kann, ob Beihilfe zur Selbstverletzung oder Verletzung eines Einwilligenden vorliegt, dürfte ein Beweis nicht hervorgehen. Mit Recht wenden Lassaly und Mittermaier ein, daß das „Maß der Betätigung"[15] und das Verschulden[16] bei der Beihilfe zur Selbstverletzung ein ganz anderes ist als bei der Verletzung eines Einwilligenden. Tiefergehende Ausführungen als bei Holtzendorff findet man bei Klee.[17] Dieser geht davon aus, daß die strafrechtliche Verletzung eine „Kollision zweier Willenssphären voraussetzt: Eine Willensbejahung auf Kosten eines anderen Willens". Selbstverletzung und Verletzung eines Einwilligenden hätte nun gemeinsam, daß bei ihnen die Willenskollision nicht vorhanden wäre, bei der Selbstverletzung nicht, weil es bei ihr überhaupt nur einen Willen gäbe, und bei der Verletzung eines Einwilligenden nicht, weil sich zwei nicht entgegengesetzte, sondern auf dasselbe Ziel gerichtete Willen gegenüberständen. Beide lägen deshalb außerhalb des Rahmens des Strafrechts. Klee hat einen Beweis dafür nicht erbracht, daß diese Willensverneinung, die „ethische Verletzung",[18] wie er sie nennt, erforderliches Merkmal eines jeden Delikts ist. Er geht vielmehr von ihr aus, als sei sie

14*) Holtzendorff III, S. 448.
15) Lassaly, Z. 42, S. 648.
16) Mittermaier, Goltd. Arch. 9, S. 438.
17) Klee, Goltd. Arch. 48, S. 177 ff.
18) Klee, Goltd. Arch. 48, S. 179.

von vornherein gegeben, und beschränkt seine Betrachtung auf diese subjektive Beziehung zur Tat unter vollkommener Außerachtlassung des äußeren Bildes. Schließlich ist hier noch Keßler zu nennen, der zwar auf der Verwandtschaft von Selbstverletzung und Verletzung eines Einwilligenden seine Lösung nicht aufbaut, aus ihr jedoch ein wichtiges Argument entnehmen will. Der Zweck des Strafrechts sei, so meint Keßler, Interessenschutz zu gewähren. Ein Interessenschutz sei jedoch in den Fällen überflüssig, in welchen es sich nur um Einzelinteressen handele, und der Träger dieser Interessen in ihre Verletzung eingewilligt habe. Dann sei eine strafbare Handlung nicht gegeben. In den Fällen der straflosen Selbstverletzung oder, wie er sagt: „Wenn eine gewisse Handlung allen Individuen mit Ausnahme eines einzigen verboten ist",[19] könne es sich nur um Einzelinteressen handeln, denn wenn daneben Allgemeininteressen geschützt werden sollten, müßte die Handlung auch dem einzelnen Interessenträger persönlich verboten sein, da ja durch die Selbstverletzung ebenfalls die allgemeinen Interessen getroffen würden. So bestechend dieser Schluß Keßlers auch sein mag, so kann man ihm doch nicht zustimmen. Bei dem von ihm gewählten Beispiel der Sachbeschädigung mag seine Folgerung hingehen. Wenn er jedoch in gleicher Weise feststellt, daß bei der wissentlich falschen Anschuldigung nur Einzelinteressen geschützt werden sollen,[20] so erscheint das nicht richtig. Mit Recht nimmt hier der größte Teil der Schriftsteller[21] und das Reichsgericht[22] an, daß es sich bei der falschen Anschuldigung um den Schutz von Allgemeininteressen handelt, nämlich um den Schutz der Rechtspflege, und daß die Straflosigkeit der Selbstbezichtigung eine Inkonsequenz des Gesetzgebers darstelle. Einen so „vollgültigen Beweis", wie Keßler meint, stellt also dieses Argument nicht dar. Auf jener Basis kann man nicht zu einer Lösung des Problems der Einwilligung des Verletzten gelangen.

b) Wir wenden uns daher jetzt den Schriftstellern zu, welche den Boden des Strafrechts verlassen haben und zivilrechtliche Gedanken ihren Betrachtungen zugrunde legen.

19) Keßler, S. 68.
20) Keßler, S. 71.
21) Breithaupt, S. 80 — Pfersdorff S. 55 — Hartmann S. 763.
22) R.G.St. 23, 373 — 58, 35.

Daß man überhaupt eine Lösung auf zivilrechtlicher Basis unternommen hat, erscheint nicht verwunderlich, wenn man bedenkt, daß die Einwilligung ein im bürgerlichen Gesetzbuch geregeltes Institut darstellt. Man muß sich ferner vor Augen halten, daß auch für den Zivilrechtler die Lösung des Problems von Bedeutung ist, da er zu prüfen hat, ob bei Einwilligung des Verletzten eine Schadensersatzpflicht des Täters aus § 823 BGB. gegeben ist. Natürlich hat der Zivilrechtler die Lösung des Problems zuerst in dem ihm am meisten vertrauten bürgerlichen Rechte versucht. Von verschiedenen zivilrechtlichen Gesichtspunkten aus hat man sich dem Problem genähert. So hat man eine Einteilung der vom Recht geschützten Güter in veräußerliche und unveräußerliche vorgenommen. Unter veräußerlichen Gütern versteht man diejenigen, welche Gegenstand eines Rechtsgeschäftes sein können. Falls ein veräußerliches Gut vorliegt, soll die Einwilligung des Verletzten Straflosigkeit des Täters herbeiführen. Diese Lösung mag ihren Sinn haben, solange es sich um konkrete Vermögensgüter handelt. Ihre Untauglichkeit liegt jedoch auf der Hand, sobald man die Frage stellt, ob die Freiheit, die Ehre und die Körperintegrität veräußerliche oder unveräußerliche Güter sind. Man kann ohne Bedenken die Freiheit zu den unveräußerlichen Gütern rechnen, und doch macht die Einwilligung in die Verletzung der Freiheit den Täter straflos, da es sich bei den Vergehen gegen die Freiheit um Willensdelikte handelt. Ebenso stellen Ehre und Körperintegrität keine Güter des rechtsgeschäftlichen Verkehrs dar, und doch hat die Einwilligung bei der Beleidigung und teilweise auch bei der Körperverletzung strafbefreiende Wirkung, wie noch zu zeigen sein wird. Andere Schriftsteller[23] stellen ihre Lösung darauf ab, ob der Träger des verletzten Rechtsgutes über dieses verfügen konnte oder nicht, doch bedeutet dieses Vorgehen keine Lösung, sondern nur eine Verschiebung des Problems, denn Verfügungsgewalt ist „bei Licht besehen gar nichts Anderes, als eben die Möglichkeit, in die Verletzung des Rechtsgutes wirksam einzuwilligen."[24] Es handelt sich also lediglich um eine Ausdrucksänderung. Die meisten Schriftsteller jedoch befassen sich

23) z. B. Seydel, S. 19.
24) Zitelmann S. 65.

mit der rechtlichen Natur der Einwilligung und leiten daraus die strafbefreiende Wirkung her. So sieht Hertz[25] in der Einwilligung eine „Dereliktion" von Interessen. Wäre dies richtig, so könnte jeder die Verletzung vornehmen. Nach übereinstimmender Ansicht jedoch kann die Einwilligung an einen unbestimmten Personenkreis nicht erteilt werden.[26] Häufig wird die Einwilligung auch als „Verzicht" aufgefaßt. Man versteht darunter entweder einen Rechtsverzicht[27] oder auch einen Verzicht auf die Strafe[28], bei den Antragsdelikten schließlich auf den Strafantrag.[29] Diese Auslegung der Einwilligung scheitert jedoch daran, daß man übereinstimmend annimmt, der Einwilligende könne die bereits erteilte Einwilligung bis zur Ausführung der Tat wieder zurücknehmen. Eine der Haupteigenschaften des Verzichts ist aber darin zu erblicken, daß er in unwiderruflicher Weise erteilt wird. Besonders tiefgehend hat sich Zitelmann mit der Natur der Einwilligung befaßt, da nach seiner Meinung „die Voraussetzungen, unter denen, und die Grenzen, in denen die Einwilligung wirkt, sich bei dem Fehlen genauer gesetzlicher Bestimmungen nur aus einer Erkenntnis über ihre juristische Natur gewinnen lassen."[30] Zitelmann sucht zunächst einen allgemein positivrechtlichen Grundsatz, um aus ihm die Wirksamkeit der Einwilligung abzuleiten. Er glaubt, ihn gefunden zu haben in dem Grundsatz über Rechtsgeschäfte, „dem Satz nämlich, daß im Privatrecht die Person innerhalb gewisser Schranken die Macht hat, ihre Rechtsverhältnisse zu gestalten".[31] Hieraus zieht er den Schluß, daß „durch die Einwilligung die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen wird, wenn die Einwilligung sich als ein auf diesen Ausschluß gerichtetes Rechtsgeschäft des Rechtsinhabers erweist". Zu bedenken ist hierbei, daß die Voraussetzung für die Folgerung Zitelmanns ein privatrechtlicher Grundsatz ist. Es entsteht die Frage, ob der Schluß Zitelmanns auch für das Strafrecht gilt. Diese Frage bejaht er mit folgender Begründung:[32] bei der Untersuchung der Rechtssätze, die Ausschlußkraft haben, sei zwischen solchen zu unterscheiden,

25) Hertz S. 113, 116.
26) Gl. Meinung Keßler S. 21.
27) Binding, Handbuch S. 729 Anm. 35. Ortmann Goltd. Arch. 25, 104.
28) Kronecker G.S. 35, 222.
29) Breithaupt, S. 63. Zimmermann Goltd. Arch. 29, 442.
30) Zitelmann S. 48.
31) ebenda.
32) Zitelmann S. 21/22.

welche direkt eine Befugnis zum Handeln erteilen, diese seien für alle Rechtsteile gleichmäßig wirksam, und solchen, die nur ein „nicht rechtswidriges Handeln" ausdrücken. Bei letzteren sei es Auslegungsfrage, ob sie für das ganze oder nur einen Teil des Rechtsgebiets gelten. Bei der Einwilligung sei ein Fall des Handelns kraft eigener Befugnis gegeben. „Der Einwilligende will dem Gegner die Befugnis einräumen, die Handlung vorzunehmen", er will ihm ein „subjektives Recht zu dieser Handlung"[33] geben. Deshalb gilt die Wirkung der Einwilligung „in gleichem Maße wie für das Privatrecht auch für das Strafrecht, da eine rechtmäßige Rechtsausübung nicht zugleich rechtswidrig sein kann".[34] Nach der Ansicht Zitelmanns hat also die Einwilligung des Verletzten deswegen strafbefreiende Wirkung, weil sie ein Rechtsgeschäft zwischen dem Einwilligenden und dem Täter darstellt, durch welches dem Täter ein Recht zur Vornahme der verletzenden Handlung erteilt wird. Gegen diese Ansicht sprechen jedoch schwere Bedenken. Zitelmann hat den Beweis, daß die Einwilligung des Verletzten ein Rechtsgeschäft ist, nicht erbracht. Er stellt zwar fest,[35] daß alles nun aber doch voraussetzt, daß die Einwilligung als Rechtsgeschäft überhaupt wirksam sei. Er weist ferner nach, daß es an einer ausdrücklichen Sanktion fehlt, weil die §§ 182 ff. BGB. nicht anwendbar seien. Es sei jedoch, so meint er, eine stillschweigende Sanktion vorauszusetzen. Mit diesen Worten hat Zitelmann lediglich eine Behauptung aufgestellt, aber keinen Beweis erbracht. Das zeigt sich, wenn man die Konsequenzen der Zitelmann'schen Lehre bedenkt. Denn angenommen, die Einwilligung des Verletzten sei ein Rechtsgeschäft, so ist „damit zugleich gegeben, daß sie, um wirksam zu sein, inhaltlich und in allen sonstigen Beziehungen sämtlichen Erfordernissen, die das Gesetz für Rechtsgeschäfte aufstellt, entsprechen muß".[36] Um also selbständig rechtswirksam einwilligen zu können, wäre gemäß §§ 2, 3, 106, 107, BGB., ein Alter von 21 Jahren notwendig, und nur im Ausnahmefall der Volljährigkeitserklärung wären 18 Jahre ausreichend. Dies steht jedoch im Widerspruch zu § 65 StGB., durch welchen einer Person von 18 Jahren die selbständige Befugnis

33) Zitelmann S. 55.
34) Zitelmann S. 56.
35) Zitelmann S. 57/60.
36) Zitelmann S. 48.

erteilt wird, Strafantrag zu stellen und somit selbst zu beurteilen, ob eine Interessenverletzung vorliegt und geahndet werden soll. Außerdem müßte nach zivilrechtlichen Grundsätzen die einmal erteilte Einwilligung bindend und unwiderruflich sein. Es fehlt aber der strafrechtlichen Einwilligung „das dem Vertrage eigene Zukunftselement, kraft dessen auf Grund einer gegenwärtigen Einwilligung in der Zukunft vorgenommene Willensbejahungen den Charakter unerlaubter Willensverneinung verlieren".[37] Selbst Zitelmann gibt zu, daß der Einwilligende dem Gegner die „Befugnis zur Vornahme der Handlung nur in widerruflicher Weise erteilt".[38] Diese beiden Widersprüche genügen, um die Unhaltbarkeit der Lehre Zitelmanns darzutun. Die Widersprüche finden ihre Erklärung, wenn man bedenkt, daß Strafrecht und Zivilrecht bezüglich der Einwilligung verschiedene Ziele verfolgen. „Der Vertrag und die in ihm enthaltene zivilrechtliche Einwilligung", sagt Holer[39] treffend, „geht auf positive Begründung von Rechten wie das Zivilrecht überhaupt; die strafrechtliche Einwilligung will ein bloß Negatives, den Ausschluß des strafrechtlichen Schutzes". Angesichts dieser Verschiedenheit kann eine Lösung des strafrechtlichen Problems der Einwilligung des Verletzten auf zivilrechtlicher Basis nicht zu befriedigendem Ergebnis führen.

c) Als dritte und letzte Gruppe sind noch diejenigen Schriftsteller zu behandeln, welche den Boden des positiven Rechts ganz verlassen haben und in naturrechtlichen Gedankengängen wandeln. Auch diese Schriftsteller nehmen eine Einteilung in veräußerliche und unveräußerliche Rechte vor. Doch versteht man hier unter einem unveräußerlichen Recht nicht ein solches, welches nicht Gegenstand eines Rechtsgeschäfts sein kann. Man steht vielmehr auf dem durch die naturrechtliche Anschauungsweise bestimmten Standpunkt, daß dem Menschen gewisse Rechte fest anhaften, deren er sich nicht entäußern darf und kann. Diese Rechte bilden den Begriff der „Persönlichkeit", sie sind „Wesensbestimmtheiten" der Person. Man hat sie als „Urrechte" zu bezeichnen, sie haben als unveräußerlich zu gelten, und ihre Verletzung besteht trotz erteilter Einwilligung. Besonders die gemeinrecht-

37) Klee, Goltd. ArAch. 48, 198.
38) Zitelmann S.. 50, S. 55.
39) Holer, S. 82.

lichen Schriftsteller aus der Zeit vor der Entstehung des heutigen Strafgesetzbuches waren derartigen Gedankengängen zugänglich. So schreibt Hälschner:[40] „Diejenigen Rechte dagegen, welche sich wie Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre als Wesensbestimmtheit der Person darstellen, sind einer jeden rechtlichen Verfügung durch den Berechtigten selbst entzogen, und darum kann auch durch dessen Einwilligung eine rechtliche Dispositionsbefugnis über diese Güter nicht übertragen werden." Aehnlich äußert sich Köstlin.[41] Im gleichen Sinne wollen auch die Motive[42] zum Reichsstrafgesetzbuch verstanden werden, wenn sie die Schaffung des § 216 als eine Rücksichtnahme auf das „ungeschriebene Sittengesetz, daß das Leben ein unveräußerliches Gut sei", bezeichnen. Doch hat auch diese auf Grund abstrakter Denkweise gefundene Lösung heute als überwunden zu gelten. Die Gründe hierfür sind verschiedener Natur. Einmal hat eine klare, unzweideutige Feststellung, welche Rechte als Urrechte zu bezeichnen sind, nicht getroffen werden können. So nennt beispielsweise Köstlin im Gegensatz zu Hälschner außer Leben, Freiheit, Ehre und geistig leiblicher Integrität auch das Eigentum als zum „Begriff der Persönlichkeit" gehörig. Fraglich dürfte jedoch schon sein, ob nicht das Leben als das einzige Urrecht anzusehen ist, welches die Wesensbestimmtheit des Menschen ausmacht. Darüber hinausgehend bezeichnet Klee[43] die gesamte naturrechtliche Lehre als irrig, daß dem Menschen gewisse Rechte „angeboren" seien als für alle Zeiten unveräußerliche Attribute des „vernünftigen" Menschen, welche von ihm nicht aufgegeben werden könnten, ohne daß seiner „Menschenwürde" Abbruch geschähe. Oelze[44] bestreitet schließlich überhaupt, daß „das Problem durch Aufstellung eines jenseits von ihm liegenden Begriffes, der als Prüfstein für die Wirkung der Einwilligung zu gelten hat, gelöst werden kann."

Die „Einwilligung des Verletzten" als Rechtfertigungsgrund der strafbaren Handlung.

a) Die bisherigen Betrachtungen haben eine annehmbare Lösung nicht ergeben. Sie sind jedoch trotz oder vielleicht ge-

40) Hälschner, System. § 62, S. 469 ff.
41) Köstlin § 36 S. 98.
42) Motive zum R.St.G.B., Session 1870, Bd. III, S. 70, vgl. auch R.G.St. II, 442.
43) Klee, Goltd. Arch. 48, 196.
44) Oelze S. 12.

rade wegen ihres negativen Ergebnisses für uns wertvoll, weil sie uns zeigen, daß das Problem der Einwilligung abseits von naturrechtlichen oder zivilrechtlichen Gedankengängen nur auf dem Boden des Strafrechts zu lösen ist, daß aber eine Beschränkung auf die positiven strafrechtlichen Gesetzesvorschriften nicht zum Ziele führt. Da geprüft werden soll, ob bei vorliegender Einwilligung des Verletzten eine strafbare Handlung gegeben ist, muß der allgemeine Begriff der strafbaren Handlung die Basis für alle Untersuchungen geben. Eine strafbare Handlung ist, wie man zu definieren pflegt, die rechtswidrige, schuldhafte mit Strafe bedrohte (tatbestandsmäßige) Handlung eines Menschen. Daß bei der mit Einwilligung des Verletzten begangenen Tat die Handlung eines Menschen vorliegt, bedarf keiner weiteren Erörterung. Dagegen fragt es sich, ob eine unter diesen Umständen begangene Handlung rechtswidrig ist.

Um diese Frage beantworten zu können, ist es notwendig, auf den Begriff „Rechtswidrig" näher einzugehen. Das Gesetz hat diesen Begriff nicht definiert, sondern dies der Wissenschaft überlassen. Eine einheitliche Definition ist von der Wissenschaft nicht aufgestellt worden, konnte nicht aufgestellt werden, denn wie der Begriff des Rechts eine verschiedene Auslegung erfährt, so mußte auch der Begriff der Rechtswidrigkeit, die Merkel[45] richtig als „Verneinung des Rechts" gekennzeichnet hat, bei den einzelnen verschieden sein. Es sollen im folgenden die Hauptmerkmale hervorgehoben werden, die bei den einzelnen Schriftstellern für den Begriff „Rechtswidrigkeit" bestimmend waren. Kitzinger hält die Rechtswidrigkeit und die Strafdrohung für eine unzerlegliche Einheit und erklärt beide für identisch. Das geht aus dem Satz hervor: „Die Rechtswidrigkeit ist durch keinen ausgesprochenen oder concludenten Rechtssatz geschaffen, sondern wird nur durch die Strafbarkeit und mit ihr erzeugt."[46] Die Rechtswidrigkeit ist also vollkommen unselbständig und wird durch die Strafbarkeit derart gedeckt, daß sie „jeden Anspruch auf selbständige Bedeutung neben ihr verliert."[47] Die Auffassung Kitzingers wird, wie Fuchs ausführt,[48] durch den Wortlaut des Strafgesetzes

45) Merkel, Adolf, Krim. Abh. I, S. 42.
46) Kitzinger G.S. S. 55, S. 63.
47) ebenda.
48) Fuchs S. 516.

widerlegt. Denn das Gesetz besage nur, daß der Täter zu bestrafen sei, nicht dagegen, daß seine Handlung verboten sein solle. Die Strafdrohung bilde nur eine Norm an die Staatsgewalt, zu strafen, nicht aber ein Gebot an den Täter, die Tat zu unterlassen. „Die Norm, die die Tatbestandshandlung verbietet, muß somit ein selbständiger, von der Strafdrohung verschiedener Rechtssatz sein." — Gleichsetzung von Strafbarkeit und Rechtswidrigkeit kann also nicht die gewünschte Definition erbringen. Rechtswidrigkeit ist vielmehr ein Begriff, der außerhalb der Strafbarkeit liegt, denn erst das Vorliegen der Rechtswidrigkeit führt die Strafbarkeit der Handlung herbei.

So führt der Weg zu Binding, der „zum ersten Male großzügig und zielbewußt über die Strafrechtssätze hinausgegangen ist und nach dem großen logischen Prius geforscht hat, von dem die letzteren nur abgeleitet sein können."[49] Binding geht davon aus, es sei falsch zu sagen, der Verbrecher übertrete das Strafgesetz. Der Verbrecher handelt dem Strafgesetz gemäß, er übertritt die hinter dem Strafgesetz stehende Norm. Rechtswidrig handelt also, wer normwidrig handelt. Diese Norm gewinnt man aus dem ersten Halbsatz des Strafgesetzes. Sie ist ein selbständiger, dem Strafgesetz begrifflich vorangehender Rechtsatz, der eine Handlung für rechtswidrig erklärt und damit verbietet. So kann man beispielsweise aus § 242 als dahinterstehende Norm den Imperativ erkennen: Du sollst nicht stehlen! Freilich erkennt Binding richtig, daß sich der Begriff des Rechts nicht in den Normen erschöpft, sondern daß es daneben noch Rechte und Gewährungen gibt, die sich nicht auf eine Norm zurückführen lassen. Gerade diesen wichtigen Punkt übersehen Thon und Bierling vollkommen, denn sie bezeichnen das gesamte Recht lediglich als einen Komplex von Imperativen und verwischen damit den Unterschied zwischen Norm und Recht. Thon und Bierling haben aber nur die Fundamente dieser sog. Imperativentheorie gelegt. Ihr Schüler, Hold v. Ferneck hat diese Theorie verteidigt und ausgebaut, und hat sie mit der Merkelschen Lehre vom tauglichen Normadressat verbunden, um zu einer restlosen Durchführung des aufgestellten Prinzips zu kommen. So ist Hold der konsequenteste Vertreter der subjektiven Rechtswidrigkeit geworden, und an Hand seiner Anschauung kann

49) Sauer S. 269 f.

man die leitenden Prinzipien dieser Richtung erkennen. Den Ausgangspunkt bildet das Recht als Bestimmungsnorm, das Recht hat also lediglich imperativische Natur. Primär für den Rechtsunterworfenen ist die Pflicht, und soweit Berechtigungen überhaupt in Frage kommen, treten sie lediglich als Schatten, als Reflexwirkung der Pflicht auf. Ja, nach Ferneck[50] ist sogar „festgelegt, daß das Recht als objektive Macht ausschließlich aus Normen besteht und daß es Gewährungen, Machtverleihungen neben den Normen nicht enthält". Daß Binding hierin einen anderen Standpunkt einnimmt, wurde bereits erwähnt.

Fragt man nun weiter, an wen die Norm gerichtet ist, so erhält man von Ferneck die Antwort, „die Norm wendet sich nur an prinzipiell taugliche Befehlsempfänger,"[51] denn es hat, wie Merkel[52] sagt, keinen Zweck Befehle an jemand zu richten, der sie nicht versteht und daher nicht befolgen kann. Für die Rechtswidrigkeitslehre ist daraus der Schluß zu ziehen, „rechtswidrig bezw. pflichtwidrig kann immer nur eine verbotene zurechenbare Handlung oder Unterlassung eines Menschen sein".[53] Hierin liegt aber ein Zweifaches. Es ergibt sich erstens, daß sich der rein objektive Begriff der Rechtswidrigkeit durch Hinzufügung der Zurechenbarkeit subjektiviert hat. Ferneck hat damit Unrecht und Schuld identifiziert, und die Lehre von der Schuld vollkommen in die Rechtswidrigkeitslehre aufgenommen. Hiergegen wendet sich der sonst auch auf dem Boden der subjektiven Rechtswidrigkeitslehre stehende Fischer. Zwar ist nach ihm auch nicht ein nur objektives Geschehen verboten, „sondern es ist verboten und erlaubt, je nach der Gesinnung, mit welcher der Täter die Tat begeht".[54] Doch hütet er sich davor, Unrecht und Schuld zu sehr zu vermengen, im Gegenteil er bezeichnet es als einen Fortschritt der Geisteswissenschaften, wenn man etwas bisher nur als Einheitliches Gedachtes in weitere Bestandteile zu zerlegen vermag.

Als zweite Konsequenz folgt aus der Lehre von dem tauglichen Normadressaten, daß Handlungen Unzurechnungsfähiger und alle nicht von Menschen hervorgerufenen Zustände

50) Ferneck, S. 130.
51) Ferneck S. 361,5.
52) Merkel, Adolf: Rechtsnorm etc. Grünhut Z. VI. S. 383.
53) Ferneck, S. 277.
54) Fischer, S. 288.

niemals rechtswidrig sein können. Bis zu dieser Konsequenz haben aber nicht einmal die Lehrer Fernecks, Thon und Bierling, ihre Theorie durchgeführt. Fischer[55] und Binding[56] sind hier ebenfalls anderer Meinung. Sie stehen auf dem Standpunkt, daß nicht nur menschliche Handlungen, sondern auch andere Tatsachen und Zustände rechtswidrig sein können.

Von dieser durch die Auffassung der Normadresse bedingten subjektiven Fassung des Begriffs „Rechtswidrigkeit" ist nun aber die weitere Frage zu unterscheiden, ob sich die Rechtswidrigkeit als ein Verstoß gegen subjektive oder objektive Rechte darstellt. Hold[57] sieht in der Rechtswidrigkeit einen Verstoß gegen subjektive Rechte und begründet das damit, daß er sagt, der einzelne habe durch das Strafgesetz das subjektive Recht, daß man ihn nicht beraubt, mordet usw. Dieses subjektive Recht wird durch die rechtswidrige Handlung verletzt. Auch Binding[58] faßt die Rechtswidrigkeit als Verletzung „des subjektiven Rechtes des Staates auf Botmäßigkeit" auf. Dagegen richtet sich nach Fischer[59] die Rechtswidrigkeit gegen das objektive Recht als „das logische und historische Prius gegenüber den von ihm getragenen subjektiven Rechten".

Zusammenfassend ist zu sagen, die Vertreter der subjektiven Rechtswidrigkeitstheorie gehen von dem Recht als Bestimmungsnorm aus. Durch den Begriff des Normadressaten kommen sie zu einer mehr oder minder betonten Subjektivierung des Rechtswidrigkeitsbegriffs. Dieser Begriff des Normadressaten, der zahlreiche Schwierigkeiten bei der Durchführung des Prinzips mit sich bringt, ist jedoch für die Subjektivisten unbedingt notwendig. Denn da das Recht für sie ein Imperativ, ein „Du sollst" Satz ist, so müssen sie natürlich fragen, an wen sich dieser Satz richtet.

Auf dem genau entgegengesetzten Standpunkt stehen die Theoretiker der objektiven Rechtswidrigkeit. Für sie ist das Recht ein Komplex von Bewertungsnormen. Die Norm ist ein „Es soll" Satz. Bei einer derartigen Formulierung spielt natürlich die Adresse der Normen keine Rolle. Sie nehmen daher als Ausgangspunkt die „adressenlose Norm",

55) Fischer S. 99.
56) Binding, Normen I, § 45, 4. S. 298.
57) Ferneck S. 143.
58) Binding, Normen I, § 14, III, 1. S. 98.
59) Fischer S. 93.

und damit sind die Schwierigkeiten, die bei der subjektiven Theorie die Normadresse mit sich bringt, für die Objektivisten nicht vorhanden. Für die Objektivisten ist es durchaus nicht unverständlich, daß auch Unzurechnungsfähige rechtswidrig handeln können, und daß man sogar von rechtswidrigen Zuständen sprechen kann. Sie trennen scharf die Begriffe Schuld und Rechtswidrigkeit voneinander. So bezeichnet Nagler[60] die „Einführung des Pflichtbegriffs als eine Fehlidee", da sich fast von selbst die Rechtswidrigkeit subjektiviert. Rechtswidrigkeit ist als rein objektiver Begriff zu fassen. Daher sind auch „Ereignisse, die nicht in menschlichem Verhalten wurzeln, der rechtlichen Betrachtung zugänglich".[61] Auch nach Löffler[62] ist „rechtswidrig nicht nur der schuldhafte, sondern auch der schuldlose Angriff des Zurechnungsfähigen auf Rechtsgüter, und ebenso der Angriff des Kindes, des Wahnsinnigen, des Tieres, der leblosen Sache".

Die Frage, wogegen die Rechtswidrigkeit verstößt, wird ebenfalls von dieser Richtung objektiv beantwortet. Fasse man die Rechtswidrigkeit als Verstoß gegen subjektives Recht, so habe das nur „die Bedeutung einer speziellen Aussage über die Art, wie der Angriff gegen die Rechtsordnung einsetzt".[63] Der Verstoß selbst aber richtet sich gegen das objektive Recht, das ja die Quelle des subjektiven Rechts bedeutet.

Trotz ihrer grundsätzlichen Verschiedenheit haben Subjektivisten und Objektivisten eins gemeinsam, sie erklären die Rechtswidrigkeit lediglich aus dem positiven Recht und lehnen jede Bestrebung ab, den Begriff außerhalb des positiven Rechts zu gewinnen. Hiergegen macht aber Elster[64] geltend, daß „die ausdrückliche Gesetzesbestimmung nur ein mehr oder weniger gut gelungenes, mehr oder weniger lückenhaftes Projektionsbild von dem Urbild der Rechtsauffassung" gibt. Dohna[65] weist an Hand des § 239 nach, daß man sich bei bloßer Berücksichtigung dieses sog. formellen Rechtswidrigkeitsbegriffes in einem circulus vitiosus bewege und zu keiner Definition der Rechtswidrigkeit kommen könne. Daß

60) Nagler S. 25.
61) Nagler S. 49.
62) Löffler Z. 21, S. 564.
63) Nagler S. 30.
64) Elster, Handwörterbuch S. 740.
65) Dohna S. 19.

auch schon Vertreter der formellen Theorie die Unzulänglichkeit ihrer Lösung erkannt haben, sieht man bei Nagler, der zwar einerseits sagt: „Die Trennung der sog. formellen und materiellen Widerrechtlichkeit darf für die Jurisprudenz überhaupt nicht existieren",[66] an anderer Stelle aber selbst einen die Rechtswidrigkeit nach materiellen Gesichtspunkten wertenden Standpunkt einnimmt, indem er das Rechtsgefühl „als getreulichen Warner vor den Irrgängen der Begriffsjurisprudenz" hinstellt, und ihm die Rolle zuweist „als öffentliches Rechtsgewissen die Gedanken der materiellen Gerechtigkeit gegenüber den Verirrungen der Gesetzgebung zu propagieren".[67]

Es ist daher nicht weiter verwunderlich, daß man den Verstoß gegen die positive Rechtsnorm als den Begriff der Rechtswidrigkeit nicht erschöpfend bezeichnete und sich bemühte, diesem formellen Rechtswidrigkeitsbegriff einen gleichwertigen materiellen an die Seite zu stellen. Eingehend hat man den Begriff der materiellen Rechtswidrigkeit erörtert und zahlreiche Definitionen für ihn aufgestellt. So bezeichnet Sauer[68] als materiell rechtswidrig „ein Verhalten, das nach seiner allgemeinen Tendenz dem Staate und seinen Gliedern mehr schadet als nützt". Vor Sauer ist Dohna zu nennen, nach dessen Ansicht die Handlung als rechtswidrig zu gelten hat, welche „nicht anerkannt werden kann als rechtes Mittel zu rechtem Zweck."[69] Ein näheres Eingehen auf die Begründetheit und allgemeine Brauchbarkeit der beiden ebengenannten Definitionen erübrigt sich jedoch, denn ihr Wortlaut zeigt bereits, daß bei ihnen die „Interessenrichtung des unrecht Handelnden" den Maßstab des Unrechts abgegeben hat. In dem vorliegenden Spezialfall der Einwilligung des Verletzten erscheint aber eine Definition besser geeignet, welche die Feststellung des materiellen Gehalts der Rechtswidrigkeit aus der „Interessenrichtung des Unrecht Leidenden, des Verletzten"[70] trifft. Eine solche Definition wird von Mezger aufgestellt. Mezger geht von dem „leitenden Endzweck allen Recht" aus und findet ihn in dem Streben nach „größtmöglicher Befriedigung der größtmöglichen Zahl von Interessen"[71]

66) Nagler S. 75.
67) Nagler S. 39 Anm. 1.
68) Sauer S. 268.
69) Dohna S. 54.
70) Mezger S. 249/250.
71) Mezger S. 242, Anm. 1.

und dem daraus folgenden „Schutz menschlicher Interessen".[72] Alles, was diesem Endziel des Rechts zuwider ist, sei materiell rechtswidrig. Materielle Rechtswidrigkeit bestände also in der „Verletzung der rechtlich geschützten menschlichen Interessen". Unter „Interesse" versteht er die Anteilnahme des Willens an etwas.[73] Mezgers Ansicht ist dahin zusammenzufassen: Die Rechtswidrigkeit ist formell betrachtet Widerspruch mit der positiven Rechtsnorm, materiell Widerspruch mit den vom Recht geschützten Interessen.

Wenn wir nun an Hand dieser Definition prüfen, ob die mit Einwilligung des Verletzten begangene Handlung rechtswidrig ist oder nicht, so steht wohl von vornherein ohne weitere Bedenken fest, daß die Handlung formell rechtswidrig ist. Versetze ich beispielsweise jemand einen Schlag ins Gesicht, so liegt hierin ein Verstoß gegen die Körperverletzungsnorm, und es macht vom formellen Standpunkt aus keinen Unterschied, ob dieser Schlag mit oder ohne Einwilligung ausgeführt wurde.

Alles spitzt sich demnach auf die Frage zu, ob die mit Einwilligung begangene Handlung materiell rechtswidrig ist, ob trotz der Einwilligung eine Verletzung rechtlich geschützter Interessen vorliegt. Eine einheitliche Beantwortung dieser Frage hat nicht stattgefunden. Man hat sie bejaht und verneint und man hat drittens gesagt, daß die Frage generell überhaupt nicht zu beantworten sei. Die Schriftsteller, welche die Frage bejahen und meinen, eine mit Einwilligung begangene Handlung sei stets materiell rechtswidrig, führen zur Begründung ihrer Ansicht an, daß das Recht in jedem Falle Allgemeininteressen schütze, und daß eine Einwilligung beim Vorhandensein von Allgemeininteressen unmöglich sei. Das Verbrechen, so meint Boehlau,[74] ist „nur die Verletzung des Rechts, nicht eines Rechts". Breithaupt[75] unterscheidet zwei Momente im Delikt, ein objektives, durch welches der Han-

72) Ebenso Keßler S. 38, Honig S. 92, Joski S. 16 im gleichen Sinne aber auch Holer (S. 56). Denn wenn auch Holer als Anhänger der Rechtsgutslehre Birnbaums meint, das Recht schütze Rechtsgüter, nicht aber Interessen, so hat demgegenüber Honig (S. 74) mit Recht darauf hingewiesen, daß „der Streit, ob der Rechtsschutz dem Gut oder dem Interesse gewährt werde, zum terminologischen werde", denn der „Unterschied, der jetzt noch zwischen dem Begriff des Gutes und dem des Interesses besteht, beruht lediglich darauf, daß jener das Schutzobjekt vorwiegend von der objektiven, dieser vorwiegend von der subjektiven Seite aus erfaßt."

73) Mezger, S. 248.

74) Boehlau, Goltd. Arch. 5, 492.

75) Breithaupt, S. 24.

delnde gegen den Willen, das Interesse des Staates verstößt, ein subjektives, durch welches er sich gegen die Willensherrschaft des Verletzten auflehnt. Bei der Einwilligung entfalle der subjektive Deliktsgehalt, während das objektive Moment, der Verstoß gegen das jus publicum bleibe. Aehnlich sagt auch Wachenfeld:[76] „Auf die Verletzung des staatlichen Interesses läuft jedes Delikt hinaus. Zugleich kann auch das Interesse eines einzelnen Staatsangehörigen verletzt werden. Auch in solchen Fällen bedeutet das Verbrechen eine Verletzung des staatlichen Interesses, sollte dies auch nur darin bestehen, das Interesse des unmittelbar Betroffenen zu wahren." Den Vertretenern dieser Ansicht ist zwar zuzugeben, daß die Erteilung der Einwilligung, falls es sich um Allgemeininteressen handelt, praktisch grundsätzlich undenkbar ist, da ja der Staat, die Allgemeinheit keine Einwilligung geben kann. Nicht anerkannt aber werden kann der Satz, daß es sich in jedem Fall um die Verletzung von Allgemeininteressen handelt. Eine derartige Ansicht hatte ihre Berechtigung zur Zeit des kanonischen Rechts. Dieses sah in jedem Verbrechen eine Sünde, einen Verstoß gegen die Religion, gegen den Staat. Der heutigen Rechtsanschauung jedoch entspricht ein solcher Standpunkt nicht. Es gibt Delikte, bei denen nicht die Interessen des Staates, sondern die eines Einzelnen verletzt werden, und wenn man bei diesen Delikten überhaupt von einem Interesse des Staates sprechen will, so ist das Interesse des Staates nicht „ein originäres, sondern ein solches, das er von dem Interesse des unmittelbar Betroffenen ableitet. Zeigt dieser aber durch seine Einwilligung, daß er sich durch die Handlung nicht verletzt fühlt, also an ihrem Unterbleiben kein Interesse hat, so fehlt es auch an einem Interesse des Staates. Die Einwilligung steht also hier der Rechtswidrigkeit entgegen".[77] Mit Recht sagt auch Gerland:[78] „Die Rechtswirkung der Einwilligung darf nicht schlechthin negiert werden, wenn auch über den Interessen des Einzelnen der Staat steht. Man darf diesen Gedanken nicht urgieren. Der Staat ist doch nicht ein metaphysischer Selbstzweck, sondern in letzter Linie eine Einrichtung im Interesse der die Gesamtheit bildenden Einzelnen, und es gibt in der Tat eine Reihe von Verletzungen, die, da

76) Wachenfeld, S. 70; — ebenso Kiehl Goldt. Arch. 54, 365.
77) Frank, Vorbem. zum IV. Abschn. Nr. III, S. 133.
78) Gerland, S 522.

sie sich ganz auf die Interessensphäre des Verletzten beschränken, den Staat nur treffen vermittels jener Interessensphäre, nicht aber unmittelbar." Die Frage nach der materiellen Rechtswidrigkeit der mit Einwilligung begangenen Handlung durchweg zu bejahen, erscheint daher nicht angebracht.

Genau so wenig aber wird man sie vollkommen verneinen und die Ansicht vertreten können, daß die mit Einwilligung begangene Handlung niemals materiell rechtswidrig ist. Materielle Rechtswidrigkeit bedeutet zwar, wie wir sagten, Verletzung von Interessen. Sie setzt also voraus, daß überhaupt ein Interesse vorhanden ist, und dieses gerade wird durch die Einwilligung aufgegeben. Treffend sagt Mezger:[79] „Wie das Interesse durch die Willensrichtung des Interessenträgers geschaffen und in Wirksamkeit gesetzt, so wird es auch durch dessen Willensrichtung außer Wirksamkeit gesetzt." Ist aber auf Grund der Einwilligung kein verletzbares Interesse vorhanden, so dürfte eigentlich auch von einer Interessenverletzung und damit von materieller Rechtswidrigkeit keine Rede sein. Dies gilt jedoch, wie schon Mezgers Worte zeigen, nur unter der Voraussetzung, daß die Einwilligung vom Interessenträger ausgeht, denn es ist ein „allgemein anerkannter Rechtsgrundsatz, der seine logische Notwendigkeit in sich selbst trägt, daß nur die Verfügungen dessen von rechtlicher Wirksamkeit sein können, dem die Verfügungsmacht über den Gegenstand der Verfügung zusteht."[80] Interessenträger, d. h. also derjenige, dessen Interesse durch das Gesetz geschützt werden soll, kann sowohl ein einzelner oder mehrere Personen, als auch die Allgemeinheit sein. Sind eine oder mehrere Personen Träger der Interessen, so müssen diese Personen einwilligen. Tun sie es, so kann von materieller Rechtswidrigkeit der Handlung nicht gesprochen werden. Handelt es sich dagegen um Interessen der Allgemeinheit, so stößt bereits die Erteilung der Einwilligung auf Schwierigkeiten, denn es dürfte, wie bereits gesagt wurde, praktisch grundsätzlich undenkbar sein, daß die „Allgemeinheit" ihre Einwilligung gibt. Ist demnach, sobald Allgemeininteressen in Frage stehen, schon die Erteilung der Einwilligung ausgeschlossen, so kann natürlich auch von einer Wirkung der Einwilligung hier keine Rede sein. Nahm die be-

79) Mezger, S. 278.
80) Kiehl, S. 364.

jahende Antwort zu wenig Rücksicht darauf, daß durch das Gesetz auch Einzelinteressen geschützt werden, so sehen wir jetzt den umgekehrten Vorgang. Bei einer vollkommenen Verneinung der Frage nach der materiellen Rechtswidrigkeit der mit Einwilligung begangenen Handlung werden wir der Tatsache nicht gerecht, daß das Gesetz auch Allgemeininteressen schützt.

Die einzig richtige und praktisch befriedigende Lösung kann also nur lauten: die Frage, ob die mit Einwilligung des Verletzten begangene Handlung materiell rechtswidrig ist, kann generell überhaupt nicht beantwortet werden. Es kommt vielmehr im Einzelfalle darauf an, ob durch das Gesetz Privatinteressen oder Interessen der Allgemeinheit geschützt werden sollen. Handelt es sich um Privatinteressen, so ist die mit Einwilligung begangene Handlung materiell nicht rechtswidrig. Eine strafbare Handlung ist daher nicht gegeben, oder rechtstechnisch gesprochen, die Einwilligung des Verletzten bildet einen Rechtfertigungsgrund. Sollen dagegen Allgemeininteressen geschützt werden, so bildet die Einwilligung keinen Rechtfertigungsgrund.

Denkbar und praktisch wohl am bedeutsamsten sind aber die Fälle, in welchen sowohl Privat-, als auch Allgemeininteressen geschützt werden sollen. Die Privatinteressen würden in einem solchen Falle Anlaß geben, die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund anzusehen, die Allgemeininteressen würden verlangen, sie nicht als solchen gelten zu lassen. In diesem Streit zwischen Privat- und Allgemeininteressen dürfte man geneigt sein, die Interessen der Allgemeinheit für die wichtigeren und damit für die ausschlaggebenden zu halten. Es können jedoch Voraussetzungen gegeben sein, bei deren Vorliegen die allgemeinen Interessen überhaupt nicht berührt werden. Dann allerdings scheint es den praktischen Bedürfnissen mehr zu entsprechen, in einem solchen Fall die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund anzusehen. „Das Gebiet rechtswirksamer Einwilligung des Verletzten", so äußert sich Mezger[81] zu dieser Frage, „wird über den sonst üblichen Bereich hinaus erweitert, wenn die allgemeinen Interessen dies rechtfertigen". Auch die allgemeinen Interessen können also cessieren, sodaß bei hinzukommender Einwilligung des einzelnen die Rechtswidrigkeit beseitigt wird.

81) Mezger, S. 281.

b) Die Wirksamkeit der Einwilligung ist, wie wir sahen, von der Beantwortung der Frage abhängig, in wessen Interesse der Gesetzgeber die einzelne Strafbestimmung erlassen hat. Es wird daher zu prüfen sein, ob im Einzelfalle Privatinteressen oder Allgemeininteressen oder beide geschützt werden sollen, und welche Voraussetzungen im letzteren Falle gegeben sein müssen, um die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund anzusehen.

Um nicht in jedem Falle diese Frage untersuchen zu müssen, hat man versucht, allgemeine Gesichtspunkte herauszufinden, und hat auch damit bei den Delikten, welche den Schutz von Einzelinteressen bezwecken, Erfolg gehabt. So vertritt beispielsweise Frank[82] den Standpunkt, daß es sich bei den Antragsdelikten um den Schutz von Privatinteressen handelt. Dieser Satz läßt sich durchaus zutreffend begründen. Wenn nämlich der Gesetzgeber die Strafverfolgung einer Handlung davon abhängig macht, daß der Verletzte einen Strafantrag stellt, so bringt er damit zum Ausdruck, daß der Staat selbst sich nicht verletzt fühlt und kein Interesse an der Bestrafung hat, sondern daß er es dem Einzelnen überläßt, über die Bestrafung einer Handlung durch Stellung oder Nichtstellung eines diesbezüglichen Antrages zu entscheiden. Der Gesetzgeber wird jedoch diese Wahl dem Einzelnen nur überlassen, wenn es sich bei einem Delikt um Einzelinteressen handelt. Tritt also die Verfolgung einer Handlung nur auf Antrag eines einzelnen ein, so läßt diese Tatsache darauf schließen, daß es sich bei diesem Delikt auch nur um Einzelinteressen handelt. Wenn demgegenüber immer wieder auf die Verschiedenheit von Einwilligung und Antrag verwiesen wird,[83] so treffen diese Angriffe nicht den Kernpunkt des Problems. Es ist durchaus zuzugeben, daß Einwilligung und Antrag grundverschieden sind. Unzutreffend ist es daher in der Einwiligung einen Verzicht auf die Ausübung des Antragsrechtes zu erblicken.[84] Es kann jedoch durch die Verschiedenheit von Antrag und Einwilligung nicht der hier aufgestellte Satz widerlegt werden, daß es sich bei den Antragsdelikten um den Schutz von Einzelinteressen handelt.

Andererseits darf natürlich dieser Satz nicht als unwiderlegbares Prinzip aufgefaßt werden, und der Gegenbeweis, daß

82) Frank, Vorbem. zum IV. Abschnitt III, S. 133.
83) Joski S. 18, S. 32. — Kiehl S. 366.
84) Breithaupt S. 63.

bei einem Antragsdelikt nicht Einzelinteressen geschützt werden sollen, ist möglich. Eine Ausnahme bildet z. B. die Ausbeutung Minderjähriger, §§ 301, 302 STGB. Bei diesem Delikt geht schon aus der Fassung des Tatbestandes hervor, daß die Einwilligung des Minderjährigen gerade die Strafbarkeit der Handlung begründet, obwohl die Bestrafung von einem Antrag abhängig ist. Bestritten ist, ob es sich beim Ehebruch um den Schutz von Privatinteressen handelt. Das Reichsgericht und Ebermayer[85] verneinen dies. Sie vertreten den Standpunkt, daß es sich beim Ehebruch um eine Verletzung von Allgemeininteressen, nämlich um einen Angriff auf die sittliche Reinhaltung der Ehe handelt. Die Ansicht des Reichsgerichts mag de lege ferenda ihre Berechtigung haben, dem Standpunkt des heutigen Gesetzgebers jedoch entspricht sie nicht. Denn die Bestimmung des § 1565 Abs. II BGB., daß „das Recht des Ehegatten auf Scheidung ausgeschlossen ist, wenn er dem Ehebruch zustimmt", läßt neben dem Erfordernis eines Strafantrages darauf schließen, daß beim Ehebruch lediglich das Recht des Ehegatten auf eheliche Treue, also ein Einzelinteresse geschützt werden soll.[86] Es ist ferner bestritten, ob bei der leichten Körperverletzung Einzelinteressen in Frage stehen. Doch soll hierauf bei der Behandlung der Körperverletzung insbesondere eingegangen werden. Bei der Beleidigung dagegen handelt es sich in den Fällen der §§ 185 bis 187 STGB. unzweifelhaft um Einzelinteressen. Die Ehre „ist dem Einzelnen geschützt, weil die herrschenden gesellschaftlichen und sozialen Anschauungen es verlangen. Ein fremdes Interesse aber hat den Schutz nicht veranlaßt."[87] Eine Ausnahme jedoch macht der Fall der Beamtenbeleidigung, wie sich schon aus dem durch § 196 STGB. geschaffenen Antragsrecht des Vorgesetzten ergibt, denn hier hat „die allerdings unmittelbar einem bestimmten Individuum zugefügte Beleidigung in der Weise an ihrem Privatcharakter verloren, daß in ihr zugleich eine Beleidigung staatlicher Institutionen liegt."[88] Bestritten ist, ob auch § 189 STGB. eine Ausnahme bildet. Doch ist dies zu verneinen. Die Be-

85) RGSt. 14, 202 — RG. in Goltd. Arch. 54, 305. — Ebermayer, S. 17.
86) Gl. A. Honig, S. 133 — Holer, S. 104. — Frank, § 172, IV. S. 363. Nicht ganz klar Ohlshausen (§ 172, Nr. 1, 765), der sich darauf beschränkt zu sagen in den bisherigen Auflagen sei dieser (der oben gekennzeichnete) Standpunkt vertreten worden. Die Rechtsprechung habe sich in entgegengesetztem Sinne gefestigt.
87) Joski, S. 38.
88) Breithaupt, S. 73.

schimpfung des Andenkens Verstorbener ist ein Delikt gegen die Ehre der Familie, wie sich aus der Stellung der Vorschrift im System und aus der Fassung der antragsberechtigten Personen ergibt. Allgemeine Interessen bilden nicht den Gegenstand des Schutzes im § 189 STGB. Schließlich ist noch der § 195 STGB. zu erwähnen, welcher bestimmt, daß bei Beleidigungen einer Ehefrau auch der Ehemann Strafantrag stellen kann. Diese Vorschrift bedeutet lediglich eine Ausdehnung des Antragsrechts mit Rücksicht auf die eherechtliche Stellung des Mannes. Man darf nicht etwa aus ihr den Schluß ziehen, daß der Ehemann bei jeder Beleidigung der Ehefrau mitverletzt ist, und daß deshalb die Beleidigung einer Ehefrau, selbst wenn sie mit deren Einwilligung geschieht, wegen mangelnder Einwilligung des Ehemannes rechtwidrig ist. Anders liegt natürlich die Sache, wenn in der Beleidigung der Ehefrau gleichzeitig eine Beleidigung ihres Mannes enthalten ist. Dann aber stellt der Ehemann den Strafantrag wegen Beleidigung seiner selbst aus § 194 STGB., und nicht aus dem hier besprochenen § 195 STGB. Im Gegensatz zu § 195 handelt es sich bei den auch zu den Antragsdelikten gehörenden §§ 182 und 237 nicht nur um einer Ausdehnung des Antragsrechtes, sondern um eine Erweiterung des Kreises der Verletzten. Verletzt sind hier nämlich, wie der Wortlaut des § 237 besonders deutlich erkennen läßt, weniger die Interessen der verführten oder entführten Frauenspersonen als vielmehr die Interessen, das Aufsichtsrecht der Eltern oder sonstigen Gewalthaber. Die Einwilligung der Frauensperson vermag also nicht die Rechtswidrigkeit zu beseitigen. Das geht ja auch schon daraus hervor, daß im § 237 die Einwilligung der Frau ein Tatbestandsmerkmal bildet. Auf die Rechtswidrigkeit einwirken könnte höchstens die Einwilligung der Gewalthaber. Dagegen schützt der dem § 182 STGB. entsprechende § 288 des Strafgesetzentwurfes von 1927 wiederum nur die Interessen des verführten Mädchens, da er die Strafverfolgung von ihrem Verlangen abhängig macht. Mit der Besprechung dieser letzten beiden Vorschriften sind die Probleme der Antragsdelikte erschöpft. Hinsichtlich der übrigen Antragsdelikte ist man sich darüber einig, daß bei ihnen nur Einzelinteressen geschützt werden sollen.

Als zweite Deliktsgruppe, welche nach unbestrittener Ansicht den Schutz privater Interessen bezweckt, sind die

Vermögensdelikte zu nennen. Das Vermögen unterliegt der Verfügung des Einzelnen. Er kann damit schalten und walten, wie er will, und der Gesetzgeber hat die Schutzvorschriften, abgesehen von einigen Ausnahmen, nur zum Schutze des Vermögenden gegen fremde Angriffe erlassen. Die Einwilligung bewirkt daher Straflosigkeit in den Fällen der §§ 303, 305, 242, 246, 289, 290, 291 STGB. Zu den Ausnahmen ist dagegen die im § 304 geregelte gemeinschädliche Sachbeschädigung zu rechnen. Das ergibt schon der Wortlaut des § 304, in welchem die Zerstörung von Gegenständen der Verehrung, der Kunst oder des öffentlichen Nutzens etc. bestraft wird. Ferner ist der Wucher auszunehmen. Denn bei diesem Delikt ist die Einwilligung als Tatbestandsmerkmal vorausgesetzt, und die Bestrafung tritt trotz vorliegender Einwilligung ein, weil bei Not oder Leichtsinn der Wille des Verletzten nicht frei ist. Der Einwilligende soll hier, wie Gerland meint, vor sich selbst geschützt werden.[89] Im übrigen kommt die Einwilligung des Verletzten bei den Vermögensdelikten deshalb nicht häufig zur Anwendung, weil bei den wichtigsten Vermögensdelikten, Diebstahl und Unterschlagung, der mit Einwilligung geschehenden Wegnahme oder Aneignung einer Sache ein Privatrechtsgeschäft mit dem Eigentümer der Sache zugrunde zu liegen pflegt. Es verstieße, wie Keßler sagt, gegen die elegantia jurisprudentiae, in einem solchen Falle von einer Wegnahme oder Aneignung mit Einwilligung des Verletzten zu sprechen. Letzteres ist also nur angebracht, falls das vorausgehende Rechtsgeschäft aus irgendeinem Grunde nicht in Ordnung ist.

Dritte und letzte Gruppe bilden die Willensdelikte, von denen bereits die Rede war. Bei diesen Delikten hat der Gesetzgeber am deutlichsten gezeigt, daß nur Einzelinteressen geschützt werden sollen, indem er die Einwilligung zum Tatbestandsmerkmal erhob. Verlangt er ein Handeln wider Willen, so ist bei vorliegender Einwilligung der Tatbestand gar nicht erfüllt. Spricht er von Handeln mit Einwilligung, so begründet das Vorliegen derselben die Strafbarkeit. Zu beachten ist aber, daß zu den Willensdelikten nicht nur diejenigen gehören. in welchen expressis verbis ein Handeln mit oder gegen den Willen verlangt wird, sondern auch die, bei

89) Gerland, S. 490.

denen dies nur concludenter geschehen ist, wie bei der Freiheitsberaubung und der Nötigung. Es gehören ferner, wie schon erwähnt, alle Delikte hierher, bei welchen ein listiges, täuschendes, drohendes oder gewaltsames Handeln gefordert wird.[90] Nur darf die Einwilligung selbst nicht durch List, Täuschung, Drohung oder Gewalt erlangt sein. Auch bei den Willensdelikten gibt es eine Ausnahme, nämlich die Abtreibung, auf welche später noch zurückzukommen ist. Hartmann[91] will auch im Menschenraub, § 244 STGB. eine Ausnahme sehen. Doch spricht der Wortlaut des § 234 gegen diese Ansicht, da List, Drohung oder Gewalt die einzigen Voraussetzungen bilden.

Damit sind die Vorschriften, in welchen nur Privatinteressen geschützt werden, erschöpft, und es sind diejenigen zu behandeln, welche Privat- und Allgemeininteressen schützen sollen.

Zunächst ist da die Tötung eines Menschen zu nennen. Daß durch die Tötung die Interessen der getöteten Person verletzt werden, darüber besteht kein Zweifel. Doch streitet man sich, ob auch allgemeine Interessen verletzt werden. Die Schriftsteller, welche letzteres verneinen, führen zur Begründung ihrer Ansicht hauptsächlich die Straflosigkeit des Selbstmordversuchs und der Teilnahme am Selbstmord ins Feld. Zwar gibt Keßler[92] zu, daß für die Straflosigkeit des Selbstmordversuchs immerhin eine Erklärung möglich sei, da es seltsam wäre, eine Person mit Einsperrung zu bestrafen, welche nicht davor zurückgeschreckt sei, sich selbst zu entleiben. Dies würde aber, so meint er, nur für den Täter gelten; da aber Teilnehmer auch straflos sind, sollten eben nur Einzelinteressen geschützt werden. Im gleichen Sinne führt auch Ortmann[93] aus, daß nur Einzelinteressen geschützt werden sollen, denn „in demselben Sinne, in dem am Leben öffentliche Interessen gegeben sind, sind an allen Gütern öffentliche Interessen gegeben, sodaß es demnach überhaupt keine Privatinteressen mehr gäbe." Beiden Ansichten kann nicht beigetreten werden. Ortmann stellt mit seinem Standpunkt überhaupt nur eine Behauptung auf, ohne sie zu beweisen. Aber auch die Beweisführung Keßlers ist nicht un-

90) Also die §§ 176, Z. 1, 177, 234, 235, 236, 249, 253, 263, StGB.
91) Hartmann, S. 760.
92) Keßler, S. 79.
93) Ortmann, Goltd. Arch. 26, 197.

bedingt zwingend, da die Straflosigkeit der Teilnahme am Selbstmord auf einer Inkonsequenz des heutigen Gesetzgebers beruht. Für diese Ansicht spricht nämlich die Tatsache, daß im § 248 des Entwurfes nunmehr die Verleitung zum Selbstmord unter Strafe gestellt wird. Es dürfte daher wohl eher der gegenteilige Standpunkt zu vertreten sein, daß an der Erhaltung des Lebens öffentliche Interessen beteiligt sind.[94] Jedenfalls ist dies — das gibt auch Keßler zu — der Standpunkt des heutigen Gesetzgbers, es ist aber auch der des künftigen Gesetzgebers, wie sich aus § 247 des Entwurfes ergibt. Im § 216 STGB. (247 des Entwurfes) wird nämlich die Tötung auf ernstliches und ausdrückliches Verlangen mit einer milderen Strafe als die gewöhnliche Tötung belegt. Damit kommt zum Ausdruck, daß die Tötung eines Einwilligenden aus § 211 oder 212 STGB. zu bestrafen ist, denn das ernstliche und ausdrückliche Verlangen stellt einen ganz besonders milde qualifizierten Fall der Einwilligung dar.[95] Es bedeutet keineswegs dasselbe, wie die bloße Einwilligung des Verletzten. Die bloße Einwilligung genügt also bei dem Delikt der Tötung nicht. Soll aber die Tötung eines Einwilligenden wie die gewöhnliche Tötung bestraft werden, so geschieht das nur mit Rücksicht auf den Schutz der Allgemeininteressen, da ja das Einzelinteresse wegen der erteilten Einwilligung nicht mehr als verletzt gelten kann. Fraglich ist, ob die Allgemeininteressen bei der Tötung aus irgendwelchen Gründen cessieren können. Man möchte diese Frage gern für den Fall der sogenannten Sterbehilfe oder Euthanasie bejahen. Besonders hat sich Binding dafür eingesetzt,[96] indem er in den Fällen, in welchen ein unheilbar Kranker einem alsbaldigen Tode engegengeht, dem Arzt gestatten will, den Kranken auf seinen Wunsch durch Anwendung schnell wirkender Medikamente zu töten. Doch solle dies auch für die Fälle gelten, wo der Tod auf Grund der unheilbaren Krankheit erst nach längerer Zeit eintreten würde. Es mag gewiß ein schöner Gedanke sein, dem Arzt die Berechtigung zu erteilen, einem unheilbar Kranken einen vielleicht qualvollen Tod zu ersparen. Doch sprechen die Möglichkeit einer Fehldiagnose und die von Tag zu Tag wachsenden Bekämpfungs-

94) Gl. A. Ullmann, S. 540. — Klee, Goltd. Arch. 50, 370.
95) Ohlshausen § 216, Nr. 2, S. 962. — Joski S. 31. A. A. Ortmann Goltd. Arch. 25, 119.
96) Binding-Hoche: Die Freigabe usw.

möglichkeiten vieler als unheilbar geltenden Krankheiten ein gewichtiges Wort dagegen, die Sterbehilfe als Ausnahme zu statuieren und anzunehmen, daß bei ihr Allgemeininteressen nicht berührt würden.[97] Kurz einzugehen ist noch auf die Frage, ob der Versuch des § 216 strafbar ist. Die herrschende Ansicht[98] sieht im § 216 ein delictum sui generis und verneint mangels ausdrücklicher Anordnung die Strafbarkeit der versuchten Tötung eines Verlangenden. Das Reichsgericht[99] kommt zur Bestrafung, indem es die im Versuch der Tötung liegende Körperverletzung für strafbar erklärt. Gegen diese Ansicht des Reichsgericht spricht, daß der dolus der Tötung verschieden ist von dem der Körperverletzung. Ferner wäre bei Richtigkeit der Ansicht des Reichsgerichts zu erwägen, ob sich nicht nur der Vorsatz, sondern auch das Verlangen mit auf die Körperverletzung beziehen würde, und die mit Einwilligung begangene Körperverletzung vielleicht straffrei ist. Der Entwurf beseitigt die ganze Streitfrage, indem er den Versuch der Tötung auf Verlangen für strafbar erklärt. „Damit wird", wie es in der Begründung heißt, „der gegenwärtig von der Rechtsprechung vertretenen Auffassung der Boden entzogen, daß die fehlgeschlagene Tötung auf Verlangen als Körperverletzung und deshalb unter Umständen strenger als die vollendete bestraft werden muß."

Am häufigsten behandelt und demgemäß auch am meisten bestritten ist die Wirksamkeit der Einwilligung des Verletzten bei der Körperverletzung. Es werden drei verschiedene Ansichten vertreten. Hälschner, Breithaupt und das Reichsgericht[100] stehen auf dem Standpunkt, daß die Einwilligung in eine Körperverletzung niemals die Straflosigkeit des Täters herbeiführt. Das völlige Gegenteil behaupten z. B. Ohlshausen, Keßler, Hartwig, Seydel und Ortmann.[1] Frank, Löffler, Kiehl und der Entwurf vertreten eine Mittelmeinung.[2] Für die Beantwortung der Frage, welcher der drei Ansichten wir uns anzuschließen haben, kann wieder nur maßgebend sein, wessen Interessen der Gesetzgeber durch

97) Gl. A. Schmidt, S. 31 und die dort Genannten.
98) Ohlshausen § 216, Nr. 1, S. 961. — Mettgenberg, S. 575. — Breithaupt, S. 52.
99) R.G.St. 2, 442.
100) Hälschner Ger. S .35, 179. — Breithaupt, S. 65. — R.G.St. 2, 442 — 6, 63.
1) Ohlshausen, § 223, Nr. 9a, S. 1012. — Keßler, S. 72 ff. Hartwig, G.S. 83, 34. — Seydel, S. 23. — Ortmann G.S. 35, 382.
2) Frank, Vorbem. z. IV. Abschn. Nr. III, S. 133. — Löffler, Vergl. Darst. Bes. Teil 5. 243. — Kiehl, S. 376. - Entwurf § 264.

Schaffung der Vorschriften über die Körperverletzung schützen wollte. Daß ein Schutz von Einzelinteressen bezweckt wird, ist unbestritten. Zweifelhaft kann lediglich sein, ob Allgemeininteressen beteiligt sind. Keßler verneint dies unter Berufung auf den von ihm vertretenen Satz, daß es sich bei der Verletzung eines „anderen" stets nur um die Verletzung von Einzelinteressen handele. Daß aber dieser Satz als Prinzip keine Geltung beanspruchen kann, wurde schon gesagt. Es zeigte sich auch bereits bei dem Delikt der Tötung, daß der Gesetzgeber die Selbstverletzung straflos lassen, wohl aber die mit Einwilligung begangene Verletzung bestrafen kann. Genau so wenig kann Hartwigs Erwägung Beweiskraft beanspruchen, wenn er bezüglich der schweren Körperverletzung meint, allgemeine Interessen seien schon deswegen nicht zu schützen, weil der Selbsterhaltungstrieb den Einzelnen genügend davor bewahre, seine Einwilligung in die Zufügung einer schweren Körperverletzung zu erteilen. Mit diesem im übrigen durchaus als richtig anzuerkennenden Satz kann man nicht beweisen, daß bei der Körperverletzung kein öffentliches Interesse beteiligt ist. Schließlich ist auch zu berücksichtigen, daß die Ansicht, die Körperverletzung berühre nur Einzelinteressen, praktisch zu unhaltbaren Ergebnissen führt. Es würde demnach, um einen besonders krassen Fall hervorzuheben, derjenige frei ausgehen, welcher einem anderen mit dessen Einwilligung ein Bein abschlägt, damit dieser bei Ausübung seines Bettlergewerbes das Mitleid seiner Mitmenschen in größerem Maße hervorruft. Daß derartiges nicht im Sinne des Gesetzgebers sein kann, dürfte ohne weiteres einleuchten. Mit Recht weist Breithaupt[3] darauf hin, daß ebensowenig, wie der Staat ganz ohne Bürger bestehen könne, seine Existenz möglich sei, wenn die Bürger in verkrüppeltem Zustande leben. Wenn nun auch Breithaupt die Gefahr etwas zu schwarz und allgemein schildert, so kann man doch immerhin mit Mezger[4] annehmen, daß der Verletzte jedenfalls in der Erfüllung seiner sozialen Aufgaben durch die Körperverletzung beeinträchtigt wird und vielleicht sogar der Allgemeinheit zur Last fällt. Der Staat hat ein Interesse daran, daß eine derartige Beeinträchtigung nicht eintritt, und es ist daher anzu-

3) Breithaupt, S. 55.
4) Mezger, S 272.

nehmen, daß der Gesetzgeber nicht nur das Interesse des Einzelnen an der Erhaltung seiner Körperintegrität, sondern auch die Interessen der Allgemeinheit schützen will. Somit kann man den Schriftstellern nicht beistimmen, welche in jedem Falle die Einwilligung in eine Körperverletzung für einen Rechtfertigungsgrund erklären. Ebenso ist aber auch die andere Ansicht abzulehnen, daß die Einwilligung niemals rechtfertigende Wirkung hat. Es bleibt vielmehr zu prüfen, ob unter gewissen Voraussetzungen die beteiligten Allgemeininteressen bei der Körperverletzung unberührt bleiben. Daß dies der Fall sein kann, zeigt uns ein anderes Beispiel. Ein Arbeiter gerät in der Werkstatt mit dem Arm in eine Maschine. Mit seiner Einwilligung schlägt ihm ein Mitarbeiter den Arm ab, um ihn aus der Maschine zu befreien. Bei einer derartigen Sachlage würde es unbillig erscheinen, den Täter wegen schwerer Körperverletzung zu bestrafen. Der große Unterschied aber zwischen diesem und dem vorerwähnten Fall besteht darin, daß in dem erstgenannten Beispiel die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt, während dies bei dem zweiten Beispiel nicht der Fall ist. In diesem Unterschied, welcher uns einmal die Tat als strafwürdig, ein anderes Mal als nicht strafwürdig erscheinen läßt, haben wir die Voraussetzung zu erblicken, unter welcher von einer Unberührtheit der Allgemeininteressen gesprochen werden darf. Wir könen daher den Satz aufstellen: Die Körperverletzung eines Einwilligenden ist straffrei, wenn nicht die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt, d. h. gegen „das Anstandsgefühl aller gerecht und billig Denkenden".[5] Dieser Satz hat in gleichem Maße für die schwere, wie auch für die leichte Körperverletzung zu gelten, denn auch die leichte Körperverletzung kann trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstoßen und damit eine Verletzung von allgemeinen Interessen gegeben sein.[6] Von ausschlaggebender Bedeutung ist also bei der Körperverletzung nicht, ob es sich um eine nur auf Antrag zu verfolgende leichte oder um eine von Amtswegen zu verfolgende gefährliche bezw. schwere Körperverletzung handelt, sondern allein, ob die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt. Gegen dieses bei der Kör-

5) Ebenso Kiehl, S. 376. — Entwurf § 264, Begründung zu § 264, S134.
6) Gl. A. Kiehl, S. 378.

perverletzung geltende Prinzip kann man auch nicht § 142 STGB. ins Feld führen und meinen, da der Gesetzgeber im besonderen Falle des § 142 ausdrücklich die Bestrafung der Körperverletzung angeordnet habe, müßte in allen anderen Fällen die Körperverletzung eines Einwilligenden straflos bleiben. Der § 142 STGB. stützt und bestätigt vielmehr das hier vertretene Prinzip, denn er stellt geradezu den Musterfall einer Körperverletzung dar, welche trotz der Einwilligung als unsittlich gegen das Rechtsbewußtsein verstößt und daher strafbar ist.[7]

Vielfach zieht man auch zum Beweise für die völlige Straflosigkeit der mit Einwilligung begangenen Körperverletzung die Vorschriften über das Duell heran. Man argumentiert folgendermaßen: Beim Zweikampf willigen beide Duellanten in die Zufügung von Körperverletzungen ein, und diese Körperverletzungen bleiben straflos. Nach § 207 StGB. soll nur bei vorsätzlicher Uebertretung der Kampfregeln die normale Bestrafung einer Körperverletzung eintreten. Demnach wird bei einem regelrechten Duell nur aus § 205 StGB. bestraft. Die milde Strafe des § 205 aber stellt nur eine Sühne für den Zweikampf an sich dar ohne Rücksicht darauf, ob eine Verletzung eintritt oder nicht. Es bleibt also nur der Schluß übrig, daß die gewöhnliche Körperverletzung beim Zweikampf straflos bleiben solle.[8] Dieser Beweisgang ist jedoch aus zwei Gründen abzulehnen. Einmal ist es nicht richtig, daß beim Duell die Körperverletzung selbst straflos bleibt. Frank[9] weist vielmehr mit Recht darauf hin, daß die „Verletzungen beim Zweikampf in der Strafbarkeit des Zweikampfes als solchen mit einbegriffen werden". Außerdem ist zu bestreiten, daß beim Zweikampf überhaupt eine Einwilligung in eine Körperverletzung vorliegt. Der Zweikampf, so sagt Holer,[10] sei Retorsion. Steht dies aber fest, so kann im Zweikampf keine gegenseitige Einwilligung liegen. Der Wille geht auf Verletzung, nicht auf Verletztwerden. Auch die Duellvorschriften widerlegen also nicht das hier vertretene Prinzip, daß die Körperverletzung eines Einwilligenden nur straflos ist, wenn sie nicht trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt.

7) A. A. Ohlshausen, § 223 Nr. 9 a. S. 1012.
8) So Seydel, S. 23; — ebenso Kronecker, G. S. 35, 224.
9) Frank, Vorbem. zu den §§ 201 ff. Nr. III. S. 420.
10) Holer, S. 141. — Gl. A. Breithaupt, S. 31. — Hälschner, G. S. 35, 177.

Mit der Körperverletzung in enger Beziehung stehen die Eingriffe, welche zu Heilzwecken unternommen werden. Trotzdem ist zu erwägen, ob nicht die Heileingriffe einer besonderen Behandlung bedürfen, denn es ist äußerst zweifelhaft, ob derartige Eingriffe Körperverletzungen im Sinne der §§ 223 ff. StGB. darstellen. Das heutige Strafgesetzbuch gibt uns über diese Frage keine Aufklärung. Die Rechtsprechung hat sich in einer grundlegenden Entscheidung des Reichsgerichts im 25. Bande dahin ausgesprochen, daß der Heileingriff eine Körperverletzung ist, eine körperliche Mißhandlung im Sinne des § 223 StGB. mit welchem Ausdruck man „im weitesten und allgemeinsten Sinne alle unmittelbar und physisch dem körperlichen Organismus zugefügten Verletzungen zusammenfassen wollte."[11] Der Ansicht des Reichsgerichts haben sich in der Literatur zahlreiche Schriftsteller angeschlossen.[12] Vertritt man den Standpunkt, daß der Heileingriff eine Körperverletzung ist, so ist zu untersuchen, aus welchem Grunde der Heileingriff gerechtfertigt ist. Denn einen Unrechtsausschließungsgrund muß es ja dann unbedingt geben, da sonst wohl die Kranken vergeblich darauf warten könnten, von jemand behandelt und geheilt zu werden. Worin aber dieser Rechtfertigungsgrund zu erblicken ist, darüber ist man sich nicht einig. Lilienthal[13] findet ihn in dem Zweck des ärztlichen Handelns. Hiergegen ist aber geltend gemacht worden, daß „die bedingungslose Anerkennung des ärztlichen Zwecks folgerichtig zur unumschränkten Herrschaft des Arztes über den Patienten führen mußte."[14] Auch der von Ioski und Pfersdorff[15] vertretenen Ansicht, daß die Rechtswidrigkeit auf Grund des „ärztlichen Berufsrechts" ausgeschlossen sei, kann nicht beigetreten werden. Denn da nach den Grundsätzen der Reichsgewerbeordnung Kurierfreiheit besteht, kann man von einem besonderen Berufsrecht der Aerzte nicht sprechen. Besonders interessiert uns jedoch die Frage, ob mit dem Reichsgericht anzunehmen ist, daß die Einwilligung des Patienten den Heileingriff rechtmäßig macht. Zunächst mutet es seltsam an, daß das Reichs-

11) R.G.St. 25, 378.
12) Ohlshausen § 223, Nr. 4 b S. 1009. — Behr, S. 402, Pfersdorff, S. 54. — Joski S. 33.
13) Lilienthal, S. 56.
14) Schmidt, S. 10.
15) Joski, S. 33. — Pfersdorff, S. 54.

gericht entgegen seiner sonstigen konsequenten Stellungnahme der Einwilligung bei der Körperverletzung rechtfertigende Wirkung einräumen will, wenn diese Körperverletzung sich als Heilbehandlung darstellt. Ganz abgesehen hiervon ist aber auch die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund des Heileingriffs unzureichend und daher ungeeignet. Es kommt häufig vor, daß ein Mensch bewußtlos zur Behandlung eingeliefert wird. Ebenso zahlreich sind die Fälle, in welchen der Patient seine Einwilligung zu einem Eingriff erteilt, und der Operateur nach begonnener Operation erst bemerkt, daß ein anderer, vielleicht schwererer Eingriff notwendig ist. In solchen Fällen kann eine Einwilligung gar nicht erteilt werden, oder sollte vielleicht der Arzt in letzterem Falle den Patienten aus der Narkose aufwecken, um zunächst eine weitergehende Einwilligung zu erhalten? Der Vorschlag des Reichsgerichts, in solchen Fällen eine präsumierte Einwilligung anzunehmen, scheint nur ein unzulängliches Ersatzmittel zu sein. Keinesfalls kann man eine präsumierte Einwilligung einer erteilten Einwilligung gleichsetzen. Die Einwilligung des Verletzten muß daher im besonderen Falle der Heilbehandlung als Rechtfertigungsgrund abgelehnt werden.

Im übrigen ist aber auch der Ausgangspunkt dieser ganzen Lehre als nicht richtig anzusehen, denn der Heileingriff hat mit der Körperverletzung überhaupt nur das äußere Bild gemein, er stellt einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit dar. Zu einer strafbaren Körperverletzung im Sinne des § 223 genügt aber ein bloßer Eingriff in die Körperintegrität nicht, es muß sich vielmehr um eine Mißhandlung oder Gesundheitsbeschädigung handeln. Als solche kann aber eine Heilbehandlung nicht angesprochen werden, vielmehr ist sie ihrem ganzen Wesen nach gerade das Gegenteil von einer Mißhandlung oder Gesundheitsbeschädigung. Sie ist daher auch keine Körperverletzung im Sinne des Strafgesetzbuches, und es erübrigt sich, nach einem Rechtfertigungsgrund zu fragen. Das hat als erster Stooß[16] erkannt, welcher sagt: „Die Anschauung, der Gesetzgeber habe eine zweckmäßige und vernünftige Behandlung des menschlichen Körpers als eine Mißhandlung erklären wollen, ist unmöglich, weil sie dem Gesetzgeber etwas Widersinniges zumutet. Wie kann

16) Stooß S. 21. — Gl. A. Binding, Lehrbuch 1, S. 53 ff. Ebermayer, S. 14. Frank, Vorbem. zum 17. Abschnitt, II, 3 S. 445.

der Gesetzgeber eine zweckmäßige und vernünftige Behandlung als verfehlt und verkehrt erklären, und wie ist es denkbar, daß er die ärztliche Behandlung, die im Dienste des Gesundheitsschutzes steht, als Angriff auf die Gesundheit mit Strafe bedroht?" Den gleichen Standpunkt hat sich auch der Entwurf in seinem § 263 zu eigen gemacht, indem er anordnet: „Eingriffe und Behandlungen, die der Uebung eines gewissenhaften Arztes entsprechen, sind keine Körperverletzungen im Sinne dieses Gesetzes". Gegen die hier vertretene Ansicht hat man geltend gemacht, daß dem Behandelnden eine zu große Machtvollkommenheit eingeräumt würde, da er selbst gegen den Willen des Verletzten Eingriffe straflos vornehmen könnte. Doch erscheint mir diese Gefahr nicht so groß. Richtig ist allerdings, daß der Behandelnde nicht wegen Körperverletzung bestraft werden kann. Doch bietet § 240 StGB. dem Verletzten genügenden Schutz, daß nicht gegen seinen ausdrücklich erklärten Willen ein Eingriff verübt wird. Noch weitergehend wird der Schutz im Entwurf gewährleistet, welcher speziell diesen Fall vorsieht und im § 281 Abs. 1 denjenigen bestraft, welcher jemand gegen dessen Willen zu Heilzwecken behandelt.

Einer gesonderten rechtlichen Beurteilung bedarf die Abtreibung. Wir sagten oben bereits, daß sie den für Willensdelikte geltenden Grundsätzen nicht untersteht. Die im § 218 StGB. bestehende Regelung, nach welcher sowohl die ohne den Willen der Schwangeren (Abs. 4), als auch die mit ihrem Willen (Abs. 1) vorgenommene Abtreibung strafbar ist, wird den praktischen Anforderungen in keiner Weise gerecht. Sie versagt besonders in dem Falle, in welchem das Kind operativ entfernt werden muß, da durch seine Austragung und Geburt die Mutter das Leben verlieren oder mindestens schwere körperliche Leiden zurückbehalten würde.

Wollen wir zu einer befriedigenden Lösung kommen, so müssen wir wie bei den andern Delikten untersuchen, wessen Interessen bei der Abtreibung geschützt werden sollen. Es ist Breithaupt[17] zuzugeben, daß durch den § 218 StGB. nicht nur die Interessen der schwangeren Frau, sondern auch die Interessen des Staates an der Geburt und die Interessen des werdenden Kindes geschützt werden sollen. Wenn aber die

17) Breithaupt, S. 74 — auch Hartmann, S. 758.

Geburt oder die Schwangerschaft selbst schon für die Mutter eine solche ernstliche Gefahr für Leib oder Leben mit sich bringt, dann haben wir es mit einem Fall zu tun, in welchem die allgemeinen Interessen des Staates und auch die Interessen des noch nicht geborenen und daher minder schutzwürdigen Kindes unbedingt hinter den höherwertigen Interessen der Mutter an der Erhaltung ihres Lebens und ihrer Gesundheit zurücktreten müssen.[18] Denn daß die Interessen der Mutter die höherwertigen sind, ergibt sich aus einer Vergleichung der Strafdrohungen der §§ 211 ff., 224, 225 StGB. mit der Strafdrohung des § 218 StGB. In einem so gelagerten Fall ist der Einwilligung der Mutter Wirkung beizumessen. Die Rechtswidrigkeit der Abtreibung fehlt, und es tritt Straflosigkeit des Täters ein. Die Einwilligung in die Abtreibung bildet also dann einen Rechtfertigungsgrund, wenn die Abtreibung ärztlich indiziert ist. Während in der Literatur diese Ansicht bisher wenig vertreten wird, hat sie nunmehr in die Rechtsprechung Eingang gefunden und festen Fuß gefaßt. Das Reichsgericht[19] hat sich in der ausführlichen grundlegenden Entscheidung vom 11. März 1927 dahin ausgesprochen, daß „die ärztlich angezeigte Schwangerschaftsunterbrechung im Falle der Einwilligung der Schwangeren bei Vornahme durch einen zur Beurteilung der Sachlage befähigten Dritten nicht rechtswidrig ist, wenn sie das einzige Mittel ist, um die Schwangere aus einer gegenwärtigen Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsbeschädigung im Sinne des § 224 zu befreien". Noch weiter als das Reichsgericht geht der Entwurf, indem er analog der im § 263 des Entwurfes für die Heilbehandlung allgemein getroffenen Regelung im § 254 eine Abtreibung für überhaupt nicht vorliegend erklärt, „wenn ein approbierter Arzt eine Schwangerschaft unterbricht, weil es nach den Regeln der ärztlichen Kunst zur Abwendung einer auf andere Weise nicht abwendbaren Gefahr für das Leben oder die Gesundheit der Mutter erforderlich ist". Um jedoch einer Machtvollkommenheit des Arztes vorzubeugen, bestraft der Entwurf im § 281 Abs. 2 den approbierten Arzt, welcher den Eingriff gegen den Willen der Mutter vornimmt. Andererseits stellt sich aber die Regelung im Entwurf gegenüber der Ansicht des Reichs-

18) Gl. A. R.G.St. 61, 255.
19) R.G.St. 61, 242 ff, insbes. S. 256.

gerichts insofern erfreulicherweise als enger dar, als es nur einem „approbierten Arzt" gestattet wird, einen solchen Eingriff vorzunehmen. Denn auch das Reichsgericht erkennt an, daß das Vorliegen der Gefahr für die Schwangere „einer besonders strengen Prüfung an Hand der Regeln der ärztlichen Wissenschaft bedarf, zu der ein Nichtarzt zumeist nicht in der Lage sein wird". Zu erwähnen bleibt noch, daß in den §§ 254 Abs. 2, 281 Abs. 2 des Entwurfes für die Tötung eines in der Geburt befindlichen Kindes durch einen approbierten Arzt dieselben Grundsätze aufgestellt werden wie für die Abtreibung.

Zum Abschluß der gegen das Leben und den Körper gerichteten Delikte sind einige Worte über die Giftbeibringung und die Aussetzung zu sagen. Bringt man einem Menschen mit dessen Willen Gift bei oder setzt man ihn aus, um ihn zu töten, so kann nur § 216 StGB. bezw. bei bloßer Einwilligung §§ 211, 212 StGB. zur Anwendung kommen. Im übrigen stellt die Vergiftung nur einen Sonderfall der Körperverletzung dar.[20] Wer also jemand mit dessen Einwilligung Gift beibringt, um ihn an der Gesundheit zu beschädigen, bleibt nur straflos, wenn die Tat nicht trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt. Das Gleiche dürfte bei der Aussetzung zu gelten haben, wenn diese mit dem Vorsatz der Körperverletzung begangen wird. Doch muß man bei der Aussetzung berücksichtigen, daß sie nach heutigem Recht (im Gegensatz zu § 257 d. Ent.) überhaupt nur strafbar an Personen begangen werden kann, welche „wegen jugendlichen Alters, Gebrechlichkeit oder Krankheit hilflos" sind. Ganz gleichgültig also, ob der Täter mit Körperverletzungsvorsatz handelt oder nicht, wird kaum anzunehmen sein, daß diese im § 221 StGB. genannten Personen bei ihrer Hilflosigkeit eine gültige Einwilligung abgeben können.[21]

Zwei weitere Delikte, bei denen es zweifelhaft ist, gegen wessen Interessen sie sich richten, sind die falsche Anschuldigung und die Personenstandsfälschung. Was zunächst die falsche Anschuldigung anlangt, so ist mit Keßler[22] durchaus anzunehmen, daß diese „die Sicherung des Einzelnen gegen die schweren Gefahren falscher Denunziationen bezweckt".

20) Frank, § 229, I. S. 458.
21) Gl. A. Breithaupt, S. 76. Hartmann, S. 757.
22) Keßler, S. 71 — auch Frank, § 164, I. S. 346.

Nur hat Keßler Unrecht, wenn er meint, die falsche Anschuldigung richte sich nur gegen die Interessen des Einzelnen. In gleichem, ja sogar in noch viel höherem Maße richtet sich die falsche Anschuldigung gegen die Interessen der Allgemeinheit an der richtigen Handhabung des Rechts. „Die Verletzung der Rechtspflege gibt der Handlung ihr Gepräge. Die Verletzung des privaten Interesses tritt hinter der des öffentlichen Interesses zurück".[23] Das geht schon mit zwingender Notwendigkeit aus der Stellung der falschen Anschuldigung im System des Strafgesetzbuches hervor, da sowohl vor als auch hinter dem Abschnitt der falschen Anschuldigung Delikte stehen, welche sich gegen Allgemeininteressen richten. Es wird sich mit noch größerer Deutlichkeit ergeben, wenn der Entwurf Gesetzeskraft bekommt, denn dort ist die falsche Anschuldigung in dem Abschnitt über „Schädigung der Rechtspflege" untergebracht. Außerdem ist auch Keßlers Beweis, daß die falsche Anschuldigung nur Einzelinteressen verletze, als mißlungen anzusehen. Keßler will den von ihm aufgestellten Satz hier Anwendung finden lassen, daß es sich stets nur um die Verletzung von Einzelinteressen handele, wenn der Gesetzgeber lediglich die Verletzung eines „anderen" bestrafe. Doch wurde dieser allgemeine Satz bereits als unzulänglich abgelehnt, als wir über die Verwandtschaft von Selbstverletzung und Verletzung eines Einwilligenden sprachen. Daß de lege lata die Selbstdenunziation straflos ist, bedeutet nur eine Inkonsequenz des Gesetzgebers.[24] Auch die von Keßler als Beweis herangezogene Publikationsbefugnis des § 165 StGB. zeigt nur, daß bei der falschen Anschuldigung auch die Interessen des Einzelnen geschützt werden, schließt jedoch nicht aus, daß die Interessen des Staates ebenfalls in Frage stehen. Bei der falschen Anschuldigung sind also sowohl Einzel-, als auch Allgemeininteressen als verletzt anzusehen, und die Einwilligung hat als wirkungslos zu gelten, da irgendwelche Gründe, welche eine Zession der Allgemeininteressen bedingen, nicht vorhanden sind. Auf dem gleichen Standpunkt steht die Rechtsprechung[25] und die überwiegende Mehrheit der Schrift-

23) R.G.St. 58, 35.
24) Hartmann, S. 764.
25) R.G.St. 23, 373 — 58, 35.

steller,[26] wobei letztere allerdings in der falschen Anschuldigung meist nur ein Delikt gegen Allgemeininteressen erblickt.

Für die Personenstandsfälschung gilt das Gleiche wie für die falsche Anschuldigung. Auch bei ihr wird nicht nur das Interesse des Einzelnen verletzt, dessen Personenstand verändert wird, sondern auch das Interesse der Allgemeinheit. „Bei der Bedeutung der Personenstandsverhältnisse für die Algemeinheit kann nicht zweifelhaft sein, daß der Angriff bei der Personenstandsverletzung gegen ein Rechtsgut öffentlich rechtlicher Natur sich richtet."[27] Die Einwilligung des verletzten Einzelnen ist also auch hier wirkungslos.[28]

Im Gegensatz zu den eben behandelten Delikten ist es bei der Urkundenfälschung als feststehend anzusehen, daß sie sich nicht nur gegen die Interessen des Namensträgers und des Getäuschten, sondern auch gegen die Interessen des Staates an der „Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs" richtet. Das ist in der Literatur und in der Rechtsprechung immer wieder betont worden.[29] Schwierigkeiten bereitet nur die Entscheidung der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen man bei der Urkundenfälschung von einer Cession der Allgemeininteressen sprechen darf, wenn die Einwilligung in die Unterzeichnung einer Urkunde mit fremdem Namen erteilt ist. Von vornherein von der Betrachtung auszuschließen ist natürlich der Fall, daß der Getäuschte die Einwilligung erteilt. Denn da es ein Begriffsmerkmal der Urkundenfälschung ist, daß von der Urkunde zum Zwecke der Täuschung Gebrauch gemacht wird, fehlt es am Tatbestand, wenn der Getäuschte, wissend, daß die Urkunde fälschlich angefertigt ist, in das Gebrauchmachen einwilligt. Gibt also dieser seine Einwilligung, so liegt eine Urkundenfälschung überhaupt nicht vor. Die hier allein zu beantwortende Frage lautet also: Wie steht es mit der Verletzung der Allgemeininteressen, wenn der Namensträger eingewilligt hat, daß ein anderer mit seinem Namen eine Urkunde unterzeichnet? Die Vertreter der sogenannten faktischen Theorie, insbesondere Frank,[30] stehen auf dem Standpunkt, daß

26) Honig, S. 131 — Pfersdorff, S. 55 — Hartmann, S. 763, Ohlshausen, Vorbem. z. 10. Abschn. Nr. 1. S. 719 und alle dort Genannten. A. M. Keßler S. 71 — seltsamerweise auch Frank, § 164, I. S. 347.

27) Ohlshausen § 169 Nr. 2. S. 752.

28) Honig, S. 131 — Hartmann, S. 764 — Ohlshausen a. a. O. und alle dort Genannten. A. M. Keßler, G.S. 38, S. 576 — Kohlrausch, S. 470.

29) Ohlshausen § 267, Nr. 26, III. S. 1501. RGSt. 50, 421.

30) Frank, Z. 32, S. 82 ff.

trotz der Einwilligung des Namensträgers stets die Allgemeininteressen verletzt würden. Jeder dürfe nur mit seinem eigenen Namen unterschreiben. Wer eine Urkunde mit fremden Namen unterzeichne, fertige eine unechte Urkunde an. Selbst ein mit Vollmacht ausgestatteter Vertreter darf nach ihrer Ansicht eine Urkunde nicht einfach mit dem Namen seines Auftraggebers unterzeichnen, sonst stellt er eine unechte Urkunde her, und nur Mängel im subjektiven Tatbestande bewahren ihn davor, daß er nicht wegen Urkundenfälschung bestraft wird. Es bedarf keiner weiteren Erläuterung, daß diese Theorie zu eng ist und daher nicht den Anforderungen des heutigen Verkehrslebens gerecht wird, das darauf hinstrebt, „die Beschränkungen, die der menschlichen Tätigkeit durch Raum und Zeit auferlegt sind, zu überwinden,"[31] nicht aber noch zu beschränken.

Die entgegengesetzte Ansicht vertritt die ideelle Theorie, und zwar behaupten ihre radikalsten Vertreter,[32] daß selbst bei bloßer Zustimmung des Namensträgers die Allgemeininteressen nicht verletzt würden. Sie übersehen aber, daß die bloße Einwilligung des Namensträgers in die Unterzeichnung einer Urkunde mit seinem Namen nicht die Möglichkeit ausschließt, daß von dieser Urkunde nunmehr zum Zwecke der Täuschung eines Dritten Gebrauch gemacht wird. Dadurch wird jedoch die Sicherheit des Rechtsverkehrs gefährdet und der Schutz, den § 267 StGB. den Urkunden geben will, illusorisch gemacht. Die gemäßigten Vertreter der ideellen Theorie schränken daher die Durchführung ihrer Ansicht in der Weise ein, daß sie die Einwilligung des Namensträgers für belanglos erklären, wenn dessen Zustimmung nur zu Täuschungszwecken erteilt wird. Nun ist es aber wenig glücklich, als Begriffsmerkmal das Bestehen einer Täuschungsabsicht aufzunehmen. Frank[33] macht als weiteres Bedenken geltend, es bliebe „unklar, auf wessen Täuschungsabsicht es ankommen soll, auf die des Vollmachtgebers oder des Vollmachtnehmers". Die ideelle Theorie bietet daher auch in der Einschränkung, es dürfe kein Gebrauch zu Täuschungszwecken gemacht werden, kein für eine Begriffsdefinition geeignetes Merkmal. Zwischen diesen Ansichten

31) Volwassen, S. 24.
32) Merkel, Paul, S. 244 ff. S. 266.
33) Frank, Z. 32, S. 92.

steht vermittelnd die sogenannte juristische Theorie, welche die Fehler der beiden anderen Theorien vermeidet und so den Anforderungen des Rechtsverkehrs wohl am besten gerecht wird. Die juristische Theorie verlegt den Schwerpunkt auf das rechtlich zulässige Einverständnis des Namensträgers. Nach ihr muß zwischen dem angeblichen Aussteller der Urkunde und dem wirklichen Unterzeichner eine nach bürgerlichem Recht zu beurteilende juristische Beziehung bestehen, kraft deren der Unterzeichner mit dem Namen des Anderen unterschreiben darf. Ein solches rechtliches Verhältnis liegt vor bei Erteilung einer rechtsgültigen Vollmacht. Der Bevollmächtigte darf daher mit dem Namen des Vollmachtgebers unterzeichnen, ohne rechtswidrig zu handeln. „Wird andererseits die Vollmacht nur erteilt, um über die Person des Ausstellers zu täuschen oder den Namensträger rechtlich nicht zu verpflichten, so ist sie wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 BGB. nichtig."[34] Die Urkundenfälschung wäre in einem solchen Falle als begangen anzusehen. Die Einwilligung des Namensträgers hat also bei der Urkundenfälschung nur dann rechtfertigende Wirkung, wenn sie sich nach Form und Inhalt als eine nach bürgerlichem Recht gültige Vollmacht darstellt.[35] Nur dann bleiben die an der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs bestehenden Allgemeininteressen unberührt.

Nicht einheitlich zu behandeln sind die Delikte gegen die Sittlichkeit. Bei diesen haben wir zu unterscheiden, ob sich das zu prüfende Sittlichkeitsdelikt gegen die Sittlichkeit im allgemeinen oder gegen die Geschlechtsehre speziell richtet.

Diejenigen Strafvorschriften, welchen ein Verstoß gegen die Sittlichkeit im allgemeinen zu Grunde liegt, sind nicht nur zum Schutze des Einzelnen erlassen worden, sondern vielmehr in erster Linie zum Schutze der Allgemeinheit, um „die sittliche staatserhaltende Grundlage des sozialen Gemeinlebens zu festigen."[36] Die Allgemeininteressen überwiegen hier in einem solchen Maße, daß die Handlung trotz der Einwilligung des Einzelnen rechtswidrig bleibt. Auf dem gleichen Standpunkt steht Mittermaier,[37] der die Sittlichkeit als ein

34) Volwassen S. 42.
35) Gl. A. Ohlshausen § 267 Nr. 26 II c. S. 1500; Ebermayer § 267, Nr. 29 S. 856, RGSt. 43, 348 insbes. 353.
36) Hartmann, S. 766.
37) Mittermaier, S. 10.

Rechtsgut bezeichnet, „dessen Träger der Einzelne ist, aber dessen Verletzung und Gefährdung zugleich eine unmittelbare Gefahr für unbestimmt viele Andere bedeutet, sodaß der Staat in weitem Maße für die Erhaltung seiner Integrität auch ohne Zutun seines Trägers sorgen muß." Zu den Delikten, welche sich gegen die Sittlichkeit im allgemeinen richten, und bei denen daher der Einwilligung des Einzelnen keine Wirkung beigelegt werden kann, gehört § 171 StGB., denn die monogamische Ehe gehört zu den Rechtsinstituten, an deren Aufrechterhaltung der Staat das größte Interesse hat.[38] Es gehören ferner dazu die Blutschande, die widernatürliche Unzucht und die Kuppelei, bei denen den Gegenstand des Schutzes „die körperliche und sittliche Gesundheit der Familie,[39] bezw. die gesunden geschlechtlich sittlichen Anschauungen des Volkes bilden.

Anders dagegen verhält es sich mit den Delikten gegen die Geschlechtsehre. Bei diesen ist nämlich zu beachten, daß der Gesetzgeber grundsätzlich es dem Einzelnen überlassen hat, für den Schutz seiner Geschlechtsehre zu sorgen. Letzteres ergibt sich schon daraus, daß die gewöhnliche Unzucht nicht bestraft wird. Die Einwilligung hat daher bei diesen Delikten grundsätzlich rechtfertigende Wirkung, soweit nicht Allgemeininteressen neben die Einzelinteressen treten und sie verdrängen. Als Regelfall, in welchem also die Einwilligung straffrei macht, sind die bereits an anderer Stelle genannten §§ 176 Ziffer 1 und 177 StGB. zu nennen. Allgemeininteressen liegen dagegen im § 174 StGB. vor, denn diese Vorschrift soll das Interesse des Staates an der sittlichen Reinhaltung der autoritativen oder sozialen Treuverhältnisse schützen. Daß der Gesetzgeber im § 174 StGB., ohne Rücksicht auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Einwilligung strafen will, geht bereits aus der Fassung des § 174 hervor. Die Strafe tritt nämlich schon bei Vorliegen eines solchen Abhängigkeitsverhältnisses ein, nicht erst, wie in dem eine ähnliche Materie regelnden § 289 d. Entw. mit der Nötigung zur Unzucht unter Mißbrauch des bestehenden Abhängigkeitsverhältnisses, denn die Nötigung unter Mißbrauch des bestehenden Abhängigkeitsverhältnisses würde durch die frei gewollte Einwilligung begrifflich ausgeschlossen werden. Die Einwilligung

38) Mittermaier, S. 86.
39) Ohlshausen, § 173, 1 S. 772. RGSt. 57, 140.

ist ferner wirkungslos im Falle des § 176 Ziffer 2 und 3, da weder die Willenlosen oder Geisteskranken, noch die Jugendlichen unter 14 Jahren eine gültige Einwilligung erteilen können. Bei den Delikten gegen die Geschlechtsehre ist also die Zahl der Ausnahmen größer als die der Regelfälle.

Als dritte und letzte Gruppe sind die Straftaten zu behandeln, welche nur gegen Allgemeininteressen verstoßen. Gerade auf der Grenze stehen die gemeingefährlichen und die im Amt verübten Delikte, denn bei einigen Tatbeständen dieser beiden Deliktsgruppen werden auch Einzelinteressen verletzt. Doch ist es unzweifelhaft und ergibt sich aus der Natur der hier in Frage stehenden Delikte von selbst, daß die in erster Reihe geschützten Interessen der Allgemeinheit die Einzelinteressen überwiegen, und daß daher die Einwilligung wirkungslos ist. Als Delikte, welche überhaupt nur gegen Allgemeininteressen verstoßen, sind alle strafbaren Handlungen zu nennen, welche sich gegen den Staat in seinem inneren und äußeren Bestande, die Staatsgewalt, die öffentliche Ordnung, die Münzhoheit, die Religion und die Rechtspflege bei Abnahme von Eiden richten, kurzum alle Verbrechen und Vergehen, welche im 1.—9. und 11. Abschnitt geregelt sind. Bei allen diesen Straftaten ist grundsätzlich kein Raum für die wirksame Anwendung der Einwilligung des Verletzten, weil die Allgemeinheit als solche nicht einwilligen kann. Anders liegt aber schon der Fall, wenn die Allgemeininteressen durch einen kompetenten Faktor vertreten werden, und dieser seine Einwilligung in die Verletzung der Interessen, die er zu vertreten hat, erteilt. Alsdann ist die Einwilligung als wirksam anzusehen.[40] Willigt also die zuständige Behörde zu Spionagezwecken beispielsweise ein, daß ein Deutscher während eines gegen das Deutsche Reich ausgebrochenen Krieges in der feindlichen Kriegsmacht Dienste nimmt, so entfällt die Rechtswidrigkeit des § 88 StGB.

Begriff, Eigenart und Voraussetzungen der Einwilligung.

Die bisherigen Ausführungen beschäftigten sich mit der Wirkung der Einwilligung des Verletzten. Nur vereinzelt war von der Einwilligung selbst die Rede. Eine systematische Behandlung des Begriffs, der Eigenart und der Voraussetzun-

40) Gl. A. Klee, Goltd. Arch. 50. S. 375.

gen der Einwilligung soll den Inhalt dieses Kapitels und zugleich den Abschluß dieser Untersuchungen bilden.

Im Strafgesetzbuch selbst ist der Begriff der Einwilligung ebensowenig geregelt wie ihre Wirkung. Eine Anwendung der zivilrechtlichen Vorschriften über Willenserklärungen im allgemeinen und die Einwilligung im besonderen ist abzulehnen. Die strafrechtliche Einwilligung ist kein rechtsgeschäftlicher Willensakt, sondern etwas rein Tatsächliches. Außerdem unterscheidet sie sich, wie Zitelmann[41] ausführt, wesentlich von der Einwilligung des § 182 BGB., denn die Einwilligung des § 182 BGB. hat den Zweck, einem zwischen anderen zu errichtenden Rechtsgeschäft die fehlende Wirksamkeit zu verleihen. Die Einwilligung, von der hier die Rede ist, hat den ganz anderen Zweck, einer rechtswidrigen Handlung die Rechtswidrigkeit zu nehmen.

a) Die erste Frage, die wir uns vorzulegen haben, lautet naturgemäß: Was versteht man unter „Einwilligung"? „Die Einwilligung ist", so definiert Keßler,[42] „die Erklärung der Uebereinstimmung meines Willens mit dem Willensakte eines anderen." „Einwilligung ist die Uebereinstimmung meines Willens mit dem Willensakte eines anderen," meint dagegen Holer.[43] Wie alles auf dem Gebiete der Einwilligung bestritten ist, so streitet man also auch darüber, ob die Einwilligung expressis verbis oder concludenter erklärt sein muß, oder ob die Zustimmung des Verletzten genügt. Die Stellungnahme zu dieser Frage kann nach den voraufgegangenen Ausführungen nicht weiter schwierig sein. Die mit Einwilligung begangene Handlung, so sagten wir, ist nicht materiell rechtswidrig, d. h. sie stellt keine Interessenverletzung dar, denn das Interesse wird durch die Einwilligung aufgegeben. Interesse aber bedeutet die innere Anteilnahme an etwas. Es ist also durch einen inneren Vorgang hervorgebracht und kann demnach auch durch einen inneren Vorgang, die bloße Zustimmung, wieder aufgegeben werden. „Wie das „Interesse" durch die Willensrichtung des Interessenträgers geschaffen und in Wirksamkeit, so wird es auch durch dessen Willensrichtung außer Wirksamkeit gesetzt."[44] Wenn dem-

41) Zitelmann, S. 58.
42) Keßler, S. 26 — ebenso Joski, S. 16. — Breithaupt, S. 19, Honig, S. 139. Gerland, S. 490. — Zitelmann, S. 62.
43) Holer, S. 80 — ebenso Liszt § 35. S. 204. Binding, Handbuch I, § 148, Anm. 22. — Mezger, S. 278.
44) Mezger, S. 278.

gegenüber Keßler meint,[45] der nicht geäußerte Wille sei gar kein Wille, er sei rechtlich bedeutungslos, und die ganze Rechtslehre spreche nur vom erklärten Willen, so dürfte ihm die zivilrechtliche Anfechtungsmöglichkeit einer Erklärung wegen Irrtums zeigen, daß der nicht erklärte Wille doch nicht als vollkommen unbeachtlich anzusehen ist. Noch weniger vermögen die Gegenargumente Gerlands[46] die hier vertretene Ansicht zu widerlegen, wenn er es als sehr bedenklich hinstellt, „juristische Relevanz einem so unsicheren, im allgemeinen auch unbeweisbaren Vorgang einzuräumen wie einem bloßen Gedankenvorgang." Mit Recht bezeichnet es Mezger[47] als verfehlt, „die Rechtsfrage mit der Beweisfrage zu identifizieren oder jene von dieser abhängig zu machen." Im übrigen führt auch praktisch die Ansicht, daß die bloße Zustimmung genügt, kaum zu Schwierigkeiten. Denn die Fälle, in welchen der Verletzte nicht ausdrücklich oder mindestens durch schlüssige Handlungen seine Zustimmung erklärt hat, gehören wohl zu den Seltenheiten, und in diesen hat dann der Richter auf Grund des ihm vorliegenden Prozeßstoffes im Wege freier Beweiswürdigkeit zu entscheiden, ob er die Zustimmung des Verletzten für erwiesen ansieht oder nicht. Dabei wird er natürlich nicht in jedem Geschehenlassen, in jedem bloßen Stillschweigen schon eine Zustimmung erblicken können. Die „nicht tatsächliche Verhinderung läßt keineswegs mit Rechtsnotwendigkeit auf Einverständnis schließen."[48] Außerdem wird die Einwilligung gewissen Anforderungen entsprechen müssen, um als rechtswirksam angesehen zu werden. Sie muß erstens einmal bezüglich ihres Inhalts sowie ihrer Richtung bestimmt sein. So kann nicht jemand darin einwilligen, daß er von einem Anderen „irgendwie" verletzt werde. Er kann vielmehr nur seine Einwilligung zur Verletzung eines oder mehrerer spezieller Interessen geben.[49] Desgleichen kann die Einwilligung nicht einer unbestimmten Personenmenge erteilt werden, sondern nur einem Einzelnen oder einer genau feststehenden Personenmehrheit.[50] Im übrigen hat nur der Einwilligende das Recht,

45) Keßler, G.S. 38, S. 568.
46) Gerland, S. 490.
47) Mezger, S. 278.
48) RGSt. 51, 64 — ebenso Honig, S. 145.
49) Gerland, S. 492. — Keßler, S. 107. — Joski, S. 23.
50) Holer, S. 96. — Klee, Goltd. Arch. 48, S. 348.

den Umfang und die Art und Weise der Verletzung zu bestimmen, und es liegt bei jeder Ueberschreitung der durch die Einwilligung gesetzten Grenzen eine rechtswidrige Handlung vor. Hat jemand dem A. gestattet, ihn zu verletzen, so darf nicht B. die Verletzung vornehmen. Soll A. die Verletzung mit einem Dolch vornehmen, so handelt er rechtswidrig, wenn er eine Schußwaffe dazu benutzt.

Verstößt die Einwilligung gegen die guten Sitten, so hat sie als unwirksam zu gelten und vermag nicht die Rechtswidrigkeit zu beseitigen.[51]

Die Einwilligung muß ferner vor der Tat erteilt werden.[52] Nicht ausreichend ist die nachträgliche Einwilligung, die Genehmigung der Tat, denn es ist einer der „grundlegenden Sätze der Rechtfertigungslehre, daß das Recht oder Unrecht einer Tat im Augenblicke der Tat feststehen muß und nicht erst nachträglich entschieden werden kann."[53] Treffend sagt auch das Reichsgericht,[54] daß „mit der Vollendung des Delikts der Strafanspruch des Staates begründet ist. Diese öfentlich-rechtliche Tatsache kann durch keine Privatwillkür mehr aus der Welt geschafft werden. Zu wirken vermag der Wille des Menschen nur auf gegenwärtige und zukünftige, nicht auf vergangene Dinge." Die Einwilligung muß aber nicht nur vor der Tat erteilt sein, sie muß auch im Augenblick der Tat noch fortdauern. Zwischen Einwilligung und Tat muß, wie Breithaupt[55] sagt, eine „zeitliche Kontinuität" herrschen. Vor allen Dingen aber darf die Einwilligung nicht zur Zeit der Tat widerrufen sein, denn daß die Einwilligung jederzeit widerrufbar ist, wird übereinstimmend angenommen.[56] Nach Köhler[57] soll allerdings die Einwilligung in die Verletzung von Vermögensrechten unwiderruflich sein. Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen. Der Einwilligende bleibt zwar zivilrechtlich gebunden und verpflichtet, dagegen kann er jederzeit die Einwilligung in die Wegnahme einer Sache beispielsweise widerrufen, und die trotz Widerrufs erfolgte Wegnahme ist rechtswidrig und strafbar.

---

51) Gl. A. Ebermayer, S. 16.
52) Keßler, S. 104. — Joski, S. 24.
53) Mezger, S. 279.
54) RGSt. 25, 383.
55) Breithaupt, S. 32.
56) Keßler, S. 107. — Ioski, S. 25, sogar Zitelmann, S. 38.
57) Köhler, S. 416.

Bestritten ist es, ob die Einwilligung sich auf die Handlung allein oder auf den Erfolg beziehen muß. Keßler[58] meint, die Einwilligung beziehe sich nur auf die Handlung. Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigetreten werden. Handlung und Erfolg der Handlung gehören als ein untrennbares Ganzes zusammen. Willige ich in eine verletzende Handlung ein, so muß ich gleichzeitig auch in den Erfolg einwilligen, den diese verletzende Handlung mit sich bringt. Dieser Erfolg mag mir zwar gleichgültig, ja sogar unerwünscht sein. Immer aber kann sich die Einwilligung nur auf die Handlung in Verbindung mit dem schädigenden Erfolg beziehen.[59] Würde jemand seine Einwilligung ausdrücklich nur zu der verletzenden Handlung geben, den Erfolg aber von seiner Zustimmung ausschließen, so könnte von einer gültigen Einwilligung überhaupt keine Rede sein.

Keiner ausführlichen Erörterungen bedarf es andererseits, daß die Einwilligung in die Handlung genügt, wenn ein sogenanntes schlichtes Tätigkeitsdelikt vorliegt, also ein Delikt, welches gar keinen Erfolg herbeiführt, und bei welchem die Tätigkeit selbst unter Strafe gestellt ist.

Ganz von selbst beantwortet sich nach dem eben Gesagten die letzte streitige Frage, ob die Einwilligung auch in Fahrlässigkeitsdelikte möglich ist. Die Einwilligung bezieht sich nicht nur auf die Handlung, sondern auch auf den Erfolg. Das Wesen der Fahrlässigkeitsdelikte aber besteht darin, daß bei ihnen der durch die Handlung herbeigeführte Erfolg nicht voraussehbar ist, zum mindesten aber nicht vorausgesehen wurde. Es ist daher nicht möglich, in die Begehung eines Fahrlässigkeitsdeliktes einzuwilligen.[60]

b) Nicht nur die Einwilligung, sondern auch der Einwilligende muß gewissen Anforderungen genügen, um eine gültige Einwilligung erteilen zu können, und zwar verlangt man von ihm hauptsächlich, daß er seine Zustimmung ernst gemeint und freiwillig abgegeben hat. Die scherzhafte oder unfreiwillige Einwilligung ist unwirksam. Auf den Begriff der „Ernstlichkeit" braucht nicht weiter eingegangen zu werden. Dagegen bedarf die „Freiwilligkeit" einer eingehenden Untersuchung. Freiwillig ist die Einwilligung nur dann, wenn

58) Keßler, S. 26 — desgl. Joski, S. 19. — Breithaupt, S. 29.
59) Gl. A. Holer, S. 76. — Roedenbeck, S. 129. — Oelze, S. 70.
60) Gl. M. Holer, S. 79. — Gerland, S. 492. — Breithaupt, S. 27. A. M. Keßler, S. 98. — Joski, S. 20. — Klee, Goltd. Arch. 49, S. 248.

der Zustimmende sie unbehindert von äußeren oder inneren Einflüssen erteilt hat. Von außen kommende Beeinflussungen, welche der Freiwilligkeit entgegenstehen, sind Täuschung des Einwilligenden, Zwang, Drohung, List sowie plötzliche Ueberrumpelung. Auch allzu reicher Alkoholgenuß durch den Einwilligenden fällt hierunter. Innerlich behindert ist der Zustimmende, wenn er sich über den Inhalt, die Bedeutung und die Folgen seiner Einwilligung im Irrtum befindet, ferner, wenn die Freiheit seiner Willensentschließung durch Geisteskrankheit aufgehoben oder durch Geistesschwäche oder jugendliches Alter in einem solchen hohen Maße beeinträchtigt ist, daß er keine genügende Würdigung der gegen ihn gerichteten Handlungen besitzt. Eine lebhafte Erörterung hat allerdings die Frage gefunden, wie alt eine Person sein muß, um gültig einwilligen zu können. Im wesentlichen müssen wir sieben verschiedene Ansichten auseinanderhalten. Daß gerade in diesem Punkte eine so große Unstimmigkeit herrscht, hängt damit zusammen, daß man zur Beantwortung dieser Frage auch die zivilrechtlichen Altersgrenzen herangezogen hat. Nach der Meinung Zitelmanns[61] muß der Einwilligende 21 Jahr alt sein, da die Einwilligung ein Rechtsgeschäft darstellt. Beschränkt Geschäftsfähige im Alter von 7—21 Jahren sollen nicht einwilligen können, weil die Einwilligung nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt. Keßler, Joski und Breithaupt[62] verlangen ein Mindestalter von 7 Jahren. Darüber hinaus soll die Möglichkeit der Einwilligungserteilung quaestio facti sein, abgestellt auf „die Persönlichkeit des Einwilligenden, die Art des preisgegebenen Interesses und die begleitenden Umstände", wie Keßler sagt. Die feste Bestimmung einer oberen Altersgrenze, bei der die Einwilligungsfähigkeit nicht mehr nur quaestio facti ist, fehlt. Auch das Reichsgericht[63] und Ebermayer[64] halten die ganze Frage für eine quaestio facti. Nur nimmt das Reichsgericht als Mindestalter 14 Jahre an, während Ebermayer von der Festsetzung eines Mindestalters überhaupt absieht. Frank und Kiehl[65] vertreten eine Mittelmeinung, indem sie bei den Vermögensdelikten Geschäftsfähigkeit verlangen, es bei den

61) Zitelmann, S. 62.
62) Keßler, S. 103. — Ioski, S. 22. — Breithaupt, S. 20.
63) RGSt. 10, 374. — 29, 398.
64) Ebermayer, S. 16.
65) Frank, Vorbem. z. IV. Abschn. Nr. III, S. 134, Kiehl, S. 385 ff.

übrigen strafbaren Handlungen jedoch auf die quaestio facti abstellen. Gerland[66] schlägt vor, das Alter des Einwilligenden in Anwendung des § 65 StGB. auf 18 Jahre festzusetzen. Holer und Klee[67] schließlich stehen auf dem Standpunkt, daß für die Einwilligungsfähigkeit dieselben Grundsätze wie für die Deliktsfähigkeit zu gelten haben, und daher der Zustimmende gemäß §§ 55, 56 StGB. mindestens 12 Jahre alt sein müsse. Von 12—18 Jahren sei die Möglichkeit, gültig einwilligen zu können, beschränkt, über 18 Jahre dagegen unbeschränkt. Es fragt sich, ob und welcher dieser mannigfaltigen Ansichten man folgen kann. Aus dem wiederholt genannten Grunde, daß zivilrechtliche Sätze auf die strafrechtliche Einwilligung nicht Anwendung finden, sind auch hier die Schriftsteller abzulehnen, welche von den zivilrechtlichen Altersgrenzen ausgehen. Ebensowenig wird man der Meinung beitreten können, daß es ohne Festsetzung bestimmter Altersgrenzen in jedem Falle quaestio facti sei, ob jemand gültig einwilligen kann. Der Gesetzgeber setzt für die Deliktsfähigkeit ebenfalls bestimmte Altersgrenzen fest und überläßt es nicht dem Richter, je nach der Lage des Einzelfalles darüber zu entscheiden, ob der Täter seinem Alter nach die genügende geistige Reife besaß, um das Ungesetzliche seiner Handlung zu überschauen. Es erscheint auch durchaus angebracht und empfehlenswert, die im Gesetz für die Deliktsfähigkeit gegebenen Grundsätze auf die Einwilligungsfähigkeit entsprechend anzuwenden, denn hier wie dort handelt es sich um die Frage, ob eine Person die nötige Urteilskraft hat, den Wert und die Bedeutung der vom Recht geschützten Interessen zu erkennen. Im Anschluß an die Ansicht Holers muß daher der Einwilligende gemäß den an die Stelle von §§ 55, 56 StGB. getretenen §§ 1—3 Jugend-Ger.-Ges. mindestens 14 Jahre zählen. Von 14—18 Jahren kommt es darauf an, ob der Jugendliche „nach seiner geistigen oder sittlichen Entwicklung" fähig war, die Bedeutung der Einwilligung zu erkennen. Mit 18 Jahren tritt volle Einwilligungsfähigkeit ein.

Nicht minder bestritten ist die Frage, ob die Einwilligung durch einen Vertreter erteilt werden kann, und zwar ist es zweifelhaft, ob die Stellvertretung überhaupt zulässig ist, und

66) Gerland, S. 527.
67) Holer, S. 107. — Klee, Goltd. Arch. 48, S. 343.

bei Bejahung dieser Frage, ob nur der gesetzliche, oder auch ein gewillkürter Vertreter der Verletzung zustimmen kann. Nach der Ansicht von Oelze und Klee[68] kann sowohl der gesetzliche, als auch der gewillkürte Vertreter seine Einwilligung geben. Doch soll nach Klee der gesetzliche Vertreter niemals gegen den Willen des Jugendlichen zustimmen können. Dagegen meint Honig,[69] daß gewillkürte Stellvertretung ausgeschlossen, gesetzliche aber zulässig sei. Gerland[70] hält nach geltendem Recht nur beschränkte gesetzliche Stellvertretung für möglich, empfiehlt aber de lega ferenda eine Vertretung überhaupt nicht mit Ausnahme der Operation zuzulassen. Keßler[71] schließlich bejaht die vormundliche Vertretung, aber nur, soweit der Vormund auf Grund des ihm zustehenden Erziehungsrechtes die Einwilligung erteilt. In diesen Fällen soll die Vertretung selbst gegen den Willen des Vertretenen erfolgen können.

Für die Zulassung der Einwilligungserteilung durch einen Vertreter spricht die Tatsache, daß die Geisteskranken und Strafunmündigen unter 14 Jahren gar nicht, die Geistesschwachen und Jugendlichen von 14—18 Jahren nur teilweise gültig einwilligen können. Ob nun praktisch den eben genannten Personen unbedingt die Möglichkeit gegeben werden muß, durch den gesetzlichen Vertreter in ihre Verletzung einzuwilligen, mag dahingestellt bleiben. Rechtlich darf ihnen diese Möglichkeit nicht entzogen sein. Die Zulassung des gesetzlichen Vertreters auf Seiten des Verletzten widerspricht auch durchaus nicht dem Willen des Gesetzgebers, der im § 65 STGB. ebenfalls dem gesetzlichen Vertreter des Verletzten ein Recht, und zwar das Recht, einen Strafantrag zu stellen, einräumt. Es erscheint daher angebracht, bei der Erteilung der Einwilligung gesetzliche Vertretung zuzulassen. Eine Ausdehnung auf den gewillkürten Vertreter dagegen ist weder erforderlich, noch überhaupt zulässig, da es sich zumeist um höchstpersönliche Rechte handelt, in deren Verletzung jeder nur selbst, bestenfalls aber der gesetzliche Vertreter einwilligen kann, dem ja die Sorge für diese höchstpersönlichen Rechte des Vertretenen obliegt. Ist der gesetzliche Vertreter der zur Erteilung der Einwilligung Berufene, so

68) Oelze, S. 68. — Klee, Goltd. Arch. 48, S. 344 und 346.
69) Honig, S. 169.
70) Gerland in Stier-Somlo-Elster, S. 217, — Gerland, S. 527.
71) Keßler, S. 104.

kommt ein entgegenstehender Wille des Vertretenen nicht in Betracht, da die Zulassung des Vertreters gerade auf der Tatsache beruht, daß der Vertretene die Bedeutung der Einwilligung nicht überblicken und daher nicht selbst gültig einwilligen kann.

c) Es ist nunmehr noch auf die Beziehungen des Täters zu der Einwilligung einzugehen. Wir sagten bei der Besprechung des Begriffs der Einwilligung, daß keine ausdrückliche oder concludente Erklärung notwendig ist, sondern daß die bloße Zustimmung genügt. In einem gewissen Zusammenhang damit steht die hier zu behandelnde Frage, ob die Einwilligung dem Täter bekannt sein muß. Sie ist zu verneinen. Die Einwilligung beseitigt die Rechtswidrigkeit, sie steht also der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes entgegen. Ob aber der objektive Tatbestand eines Delikts vorliegt oder nicht, ist von der Kenntnis oder Nichtkenntnis des Täters vollkommen unabhängig. Im übrigen aber würde es auch vom Standpunkt der hier vertretenen Zustimmungstheorie aus widersinnig sein, die nicht erklärte Einwilligung, die bloße Zustimmung zwar für genügend zu erklären, auf anderer Seite aber eine Kenntnis des Täters von der Einwilligung zu verlangen. Die Rechtswidrigkeit der Handlung wird also durch die Einwilligung beseitigt, auch wenn dem Täter die Einwilligung nicht bekannt war.[72] Das Gleiche hat nach dem Grundsatz: a majori ad minus auch für den Fall zu gelten, daß der Täter von der Einwilligung zwar Kenntnis hat, die Einwilligung aber weder das einzige, noch überhaupt das ausschlaggebende Motiv für den Täter bildet, das Delikt zu begehen. Wenn die Einwilligung schon bei Nichtkenntnis einen Rechtfertigungsgrund bildet, so ist sie es doch erst recht bei Kenntnis des Täters, auch wenn er aus anderen Motiven die strafbare Handlung verübt.

Eine andere Frage ist es natürlich, ob der ohne Kenntnis der Einwilligung oder mit Kenntnis, jedoch aus anderen Motiven Handelnde straflos ausgehen soll. Dies ist meines Erachtens zu verneinen. Den objektiven Deliktstatbestand vermag der Täter zwar nicht voll zu verwirklichen, da die Rechtswidrigkeit fehlt. Doch hat er den verbrecherischen

---

72) Gl. A.: Holer, S. 96. — Mezger, S. 273. — Gerland, S. 506, Frank, Vorbem. z. IV. Abschn. III, S. 134. A. M.: Keßler, S. 105. — Joski, S. 24. — Breithaupt, S. 24.

Vorsatz, und es erscheint angebracht, ihn wegen Versuchs am untauglichen Objekt zu bestrafen.[73]

In der Literatur findet man des öfteren den gerade umgekehrten Fall erwähnt,[74] daß nämlich der Täter eine Einwilligung für gegeben hält, während sie in Wahrheit gar nicht erteilt ist. Bei einer derartigen Sachlage befindet sich der Täter in einem gemäß § 59 STGB. entschuldbaren Tatirrtum. Er handelt zwar rechtswidrig, bleibt aber wegen mangelnden Vorsatzes straffrei, wenn nicht die Annahme selbst, daß eine Einwilligung vorliegt, auf Fahrlässigkeit beruht, § 59 Abs. 2. Das Ganze gilt aber nur unter der Voraussetzung, daß die vom Täter für gegeben gehaltene Einwilligung bei dem in Frage stehenden Delikt überhaupt einen Rechtfertigungsgrund bildet,[75] sonst liegt gar kein gemäß § 59 entschuldbarer Tatirrtum, sondern ein Rechtsirrtum vor, und der Täter ist in jedem Falle strafbar. Die gleichen Grundsätze, wie bei der nichterteilten, jedoch vom Täter irrtümlich angenommenen Einwilligung finden Anwendung, wenn die Zustimmung zwar gegeben, der Einwilligende jedoch nicht einwilligungsfähig ist oder sich im Irrtum über Inhalt und Folgen der Einwilligung befindet oder die Zustimmung scherzhaft gemeint oder sie widerrufen hat, ohne daß der Handelnde von den eben erwähnten Umständen Kenntnis besitzt.

In dem vorstehend behandelten Fall war eine Einwilligung nicht erteilt, der Handelnde sah sie jedoch irrtümlich als vorliegend an, und dieser Irrtum schützte ihn vor Bestrafung. Man hat nun versucht, dem Täter selbst dann zu helfen, wenn die Einwilligung nicht erteilt ist, und der Handelnde dies auch weiß, wenn er jedoch die Tat in dem Bewußtsein beging, „daß derjenige, gegen dessen Interesse sich die Tat richtet, bei Kenntnis der Sachlage in die Verletzung eingewilligt hätte."[76] Diese Frage der sog. mutmaßlichen Einwilligung finden wir bereits in der Entscheidung des Reichsgerichts[77] angeschnitten, in welcher die Einwilligung des Verletzten als Rechtfertigungsgrund der Operation behandelt ist. Eingehend hat sich Mezger mit ihr befaßt und ist zu dem Ergebnis gekommen, „daß die tatsächliche Einwilligung in wirk-

73) Gl. A. Klee, Goltd. Arch. 48, S. 349. — Joski, S. 26. — Keßlers Rezensent, G.S. 37, S. 75.
74) Joski, S. 26. — Breithaupt, S. 21 u. a.
75) RG. in Juristischer Wochenschrift Bd. 55, S. 1989.
76) Mezger, S. 289.
77) RGSt. 25, 375 ff.

samer Weise durch die sog. mutmaßliche Einwilligung ersetzt wird, soweit die Einwilligung des Verletzten die Rechtswidrigkeit der Tat auszuschließen vermag."[78] Diese Ansicht wird jedoch mit Recht bekämpft. Einen Unrechtsausschließungsgrund kann die mutmaßliche Einwilligung auf keinen Fall bilden, denn die auf rein subjektivem Gebiet liegende Anschauung des Täters, daß der Verletzte auf Befragen seine Zustimmung gegeben hätte, kann niemals die objektiv wegen mangelnder Einwilligung vorhandene Interessenverletzung ausschließen. Die mutmaßliche Einwilligung steht aber auch nicht einmal dem Verschulden des Täters entgegen, da dieser im Augenblick der Tat von der Nichterteilung der Einwilligung Kenntnis hat und damit auch das Gefühl für die Rechtswidrigkeit seines Tuns besitzt.[79] Will man also auch der mutmaßlichen Einwilligung strafausschließende Wirkung beimessen, so könnte dies nur durch Aufnahme eines entsprechenden Rechtssatzes in das Strafgesetzbuch erfolgen. Ein gewisses praktisches Bedürfnis für die Schaffung einer solchen Vorschrift liegt vor, da durch sie die Fälle endgültig eine befriedigende Lösung finden würden, in welchen eine Person zur Vornahme einer Operation — falls man mit dem Reichsgericht die Operation als Körperverletzung ansieht, — oder einer ärztlich indizierten Abtreibung bewußtlos eingeliefert wird oder bei Entscheidung über die Art des Eingriffs bereits narkotisiert ist. Der Entwurf schreibt daher noch ausdrücklich im § 281 Abs. 3 vor, daß der Behandelnde oder der Arzt straffrei bleibt, wenn er „nach den Umständen außerstande war, die Einwilligung des Behandelten oder der Schwangeren rechtzeitig einzuholen, ohne ihr Leben oder ihre Gesundheit ernstlich zu gefährden." Letzterer Satz würde sich allerdings nach der ganzen sonstigen Stellungnahme des Entwurfs ohnehin aus der Tatsache ergeben, daß der Entwurf die Operation und die ärztlich indizierte, von einem Arzt vorgenommene Abtreibung gar nicht als strafbare Handlung auffaßt und nur die eigenmächtige Vornahme der Eingriffe „gegen" den Willen der Patienten unter Strafe stellt. Solange im geltenden Recht eine entsprechende Vorschrift fehlt, kann der Richter die mutmaßliche Einwilligung

78) Mezger, S. 288. — Gl. A. Breithaupt, S. 23.
79) Gl. A. Joski, S. 24. — Zitelmann, S. 102/3. — Gerland in Stier-Somlo-Elster, S. 215.

nur bei der Zubilligung mildernder Umstände und der Strafzumessung berücksichtigen.

d) Die in diesem Kapitel für die Einwilligung aufgestellten Erfordernisse gelten in gleichem Maße auch für das „Verlangen", soweit nicht § 216 STGB. etwas anderes anordnet. § 216 schreibt ein „ausdrückliches" Verlangen des Getöteten vor. Die bloße Zustimmung ist daher nicht genügend. Außerdem muß der Täter durch dieses Verlangen zu der Tötung „bestimmt" werden. Bestimmt kann er aber nur werden, wenn er Kenntnis von dem Verlangen hat. Schließlich kommt durch das „Bestimmtwerden" zum Ausdruck, daß das Verlangen das ausschlaggebende Motiv des Täters bilden muß. Im übrigen finden die für die Einwilligung geltenden Grundsätze auch bei dem Verlangen Anwendung.

Lebenslauf.

Am 10. April 1906 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Alex Schlesinger zu Stolp, i./Pom., geboren. Ich besuchte das Gymnasium in Stolp und bestand Ostern 1924 dortselbst die Reifeprüfung.

Alsdann studierte ich Jura an den Universitäten Königsberg, Berlin, Heidelberg und Breslau. Ende November 1927 bestand ich in Breslau das erste juristische Staatsexamen. Die mündliche Dr. Prüfung bestand ich am 11. Dezember 1927 bei der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Zur Zeit befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst bei dem Landgericht in Stolp i./Pom.